Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung als Voraussetzung der Strafbarkeit der Widersetzung

(§ 113 R. St. G. B.)

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Juristischen Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der Kaiser Wilhelms-Universität zu Strassburg

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

René BADER

Referendar in Strassburg.

STRASSBURG

Elsässische Druckerei und Verlagsanstalt vorm. G. Fischbach

1914

Referent:

Professor Dr. Max Ernst Mayer.

Meinen Eltern gewidmet.

§ 113 St. G. B.:

Wer einem Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer einen solchen Beamten während der rechtmässigen Ausübung seines Amtes tätlich angreift, wird mit Gefängnis von vierzehn Tagen bis zu zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu einem Jahre oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark ein.

Dieselben Strafvorschriften treten ein, wenn die Handlung gegen Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen waren, oder gegen Mannschaften der bewaffneten Macht, oder gegen Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des Dienstes begangen wird.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§ 1. Das Objekt des Verbrechens nach § 113 R. St. G. B. . . . 1

Hauptteil.

Das geltende Recht.

1. Kapitel.

Die Amtsausübung als Handlung.

§ 2. I. Der Kreis der tauglichen Personen 5
(Subjektive Begrenzung.)

§ 3. II. Der Kreis der geschützten Handlungen 14
(Objektive Begrenzung.)

2. Kapitel.

Das Merkmal der Rechtmässigkeit.

§ 4. I. Stand der Ansichten 20

II. Die Theorie der objektiven Rechtmässigkeit.

§ 5. 1. Die gesetzestechnische Bedeutung der Fassung des Paragraphen 36

§ 6. 2. Das Verhältnis von Widerstandsrecht zu Notwehrrecht . 39

§ 7. 3. Die einzelnen Erfordernisse der Rechtmässigkeit im objektiven Sinne 43

3. Kapitel.

§ 8. Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung als Merkmal des subjektiven Tatbestandes 70
(Die irrtümliche Annahme der Rechtswidrigkeit der Amtshandlung als Rechtfertigungsgrund.)

Anhang.

§ 9. Betrachtung der lege feranda im Anschluss an einige Strafgesetzentwürfe 78

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare, Lehrbücher und Handbücher.

v. Bar, Gesetz und Schuld, I. Bd. Das Strafgesetz, Berlin, 1906. III. Bd. Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, Berlin, 1909.

— Lehrbuch des internat. Privat- und Strafrechts, Stuttgart, 1892.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig, 18. Aufl. 1898.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bes. Teil, Band II, Abt. 2, Leipzig, 1905.

— Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I, Leipzig, 1885.

— Die Normen und ihre Uebertretung, Bd. I, Aufl. 2, Leipzig, 1890. Bd. II, 1877.

Daude, Das Strafgesetzbuch mit Berücksichtigung der R. G. E., 12. Aufl. 1913.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 8/10. Aufl. Tübingen, 1912.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. II, Abt. 2, Bonn, 1887.

Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. I—IV, 5. Aufl., Tübingen, 1911, 1913.

Lammasch, Grundriss des (Oesterr.) Strafrechts, 4. Aufl. Leipzig, 1911.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 20. Aufl., Berlin, 1914.

Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Teil II, Das materielle Strafrecht, 3. Aufl., Berlin, 1912.

Merkel, Lehrbuch des Strafrechts, Stuttgart, 1889.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Leipzig, 1911.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 9. Aufl., Berlin, 1912.

Oppenhof, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 12. Aufl., Berlin, 1892.

Rüdorff-Stenglein, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 4. Aufl., Berlin, 1892.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig, 1871.

Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Aufl., Leipzig, 1871.

Thomson, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bes. Teil, Berlin, 1907.

II. Monographien, Abhandlungen, Aufsätze.

Aschrott und v. Liszt, Die Reform des Reichstrafgesetzbuch, Berlin, 1910.

Bolze, Ueber den Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung im § 113, R. Str. G. B., in Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. XXIII, S. 389 ff.

Borchardt, Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die rechtmässige Ausübung der Amtsgewalt, Diss. Greifswald, 1903.

van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, München und Leipzig, 1891.

Dock, Die Haftung der Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, im Archiv für öffentl. Recht, Bd. XVI, S. 245 fg.

Dohna, Die Rechtswidrigkeit, Halle, 1905.

Eberhard, Das Verhältnis des § 113 zum § 117, R. Str. G. B., Tübinger Diss., 1897.

Flesch, Zur Lehre von der Rechtsmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt, Diss. Tübingen, 1906.

Guggenheimer, Der Irrtum des Täters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübng beim Vergehen des Widerstands gegen die Staatsgewalt, Diss. München, 1883.

Hiller, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Begriffe des Vergehens der Widersetzlichkeit, Würzburg, 1873.

— Zur Irrtumsfrage beim Widerstande gegen die Staatsgewalt, (§ 113, R. Str. G. B.), im Gerichtssaal, Bd. XXVII, S. 11 fg.

Goldschmidt, Der ungerechtfertigte Vollstreckungsbetrieb, München, 1910.

— Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften, i. d. Festg. für Gierke, Breslau, 1910, S. 109 fg.

Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, Diss, Strassburg, 1908.

John, in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. III, S. 115 u. S. 129 fg., Berlin, 1872.

v. Kallina, Notwehr gegenüber Amtshandlungen, Prag, 1898.

v. Kirchenheim, Die Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstpflichtigem Gehorsam rechtswidrige Anordnungen seiner vorgesetzten Behörde vollstreckenden Unterbeamten, im Gerichtssaal, Bd. XXX (1878), S. 172 ff.

Kleinfeller, Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. I, S. 269 ff.

v. Liszt, Die strafbaren Handlungen gegen auswärtige Staaten in der

Festschrift der Berliner juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz, Berlin, 1911, S. 442 fg.

M. E. Mayer, Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Staatsgewalt in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. Teil, Bd. I, S. 349 ff.

— Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, aus der Strassburger Festschrift für Paul Laband, Tübingen, 1908, S. 119 fg.

Mersmann, Der Begriff der Rechtsmässigkeit der Amtsausübung, Diss. Kiel, 1908.

Mewes, in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. IV, S. 309 fg., Berlin, 1874.

Neumann, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt, in Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. XXII, S. 216 fg., Berlin, 1874.

Oppenheim, Die Objekte der Verbrechen, Basel, 1894.

Pfeiffer, Beiträge zur Interpretation des § 113, Str. G. B., Diss. Marburg, 1895.

Schulz, Der Widerstand gegen die auswärtige Staatsgewalt, Diss. Berlin, 1881.

Schweizer, Zur Lehre vom Irrtum, Diss. Strassburg, 1906.

v. Streit, Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt, Berlin, 1892.

III. Zeitschriften, Sammlungen, Materialien.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin, 1909, nebst Begründung (2 Bände).

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bern, April 1908.

Vorentwurf zu einem Oesterreichischen Strafgesetzbuch, Wien, September, 1909.

Gegenentwurf zum Vorentwurf (Kahl, Liszt, Lilienthal, Goldschmidt), Berlin, 1911.

Gutachtliche Aeusserungen über den Vorentwurf, Berlin, 1911.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsform, Berlin, 1906 fg.

Archiv für öffentliches Recht, herausgegeben von Laband und Stork, Freiburg i. B.

Archiv für gemeines deutsches und für preussisches Strafrecht, begründet von Goltdammer.

Der Gerichtssaal, Zeitschrift für volkstümliches Recht und wissenschaftliche Praxis.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Die Rechtsprechung des preussischen Obertribunals in Strafsachen, von Oppenhof, 1861 fg.

EINLEITUNG

§ 1. Das Objekt des Verbrechens nach § 113 R. St. G. B.

Von jeher haben politische Erwägungen und Bestrebungen die Gestaltung des materiellen, wie des formellen Strafrechts stark beeinflusst. Wir erinnern an die Debatten des Norddeutschen Reichstags über die Abschaffung der Todesstrafe, an die Verhandlungen des Reichstags über den Strafprozessentwurf und an die Bestrebungen gewisser Kreise zur Einschränkung des Streikrechts. Das Strafrecht kann als Waffe zur Unterdrückung des politischen Gegners missbraucht werden. Wenn deshalb der Gesetzgeber sich im allgemeinen von solchen Parteibestrebungen frei halten und ein Volksgesetz im wahren Sinne des Wortes, d. h. getragen von der Rechtsüberzeugung und dem Rechtsempfinden der Gesamtheit der Volksgenossen schaffen soll, so gibt es doch in jedem Strafgesetz Bestimmungen, die bewusst oder unbewusst, Denken und Fühlen eines kleineren Kreises, der sogenannten Gesellschaft oder der Beamtenschaft wiederspiegeln[1]. Inwieweit diese Rücksichtnahme auf besondere Verhältnisse und Anschauungen notwendig und berechtigt ist, soll hier nicht näher untersucht werden. Jedenfalls werden derartige Bestimmungen zur politischen Agitation ausgebeutet, und es fallen dann Worte wie « Klassenmoral » und « Klassenjustiz ».

Solche Vorwürfe schwerster Art wurden auch gegen eine Bestimmung unseres Strafgesetzbuches, die zur Erhaltung der Staatsautorität geschaffen ist, erhoben, wir meinen den § 113 St. G. B., der den Widerstand gegen die Staatsgewalt

[1] Wir erwähnen die besonders milde Bestrafung bei Tötung im Duell.

unter Strafe stellt[2]. Darüber, dass die Staatsautorität durch Strafdrohung geschützt werden muss, sind sich alle staatserhaltenden Parteien einig, und dieser Grundsatz gilt unabhängig von der Staatsverfassung. Wir finden sogar in demokratisch-republikanischen Staatswesen zum Teil schärfere Strafandrohungen als in absolutistisch-monarchischen. Die Verletzung des Staatsmechanismus kann unmöglich preisgegeben werden, da er sonst der Gefahr einer vollständigen Versagung ausgesetzt wäre. Nur über die Abgrenzung der Machtbefugnisse der staatlichen Organe gegenüber den verfassungsmässigen Rechten der Untertanen herrscht Streit, und zwar deshalb, weil die Gesetzesbestimmung diese Abgrenzung nicht selbst vollzogen hat, und auch niemals bei der Vielgestaltigkeit der Untertanenrechte vollziehen könnte. Der Gesetzgeber begnügt sich damit dem staatlichen Organ nur bei « rechtmässigem » Einschreiten Schutz zu verleihen, und es ist die Bedeutung des Wortes « Rechtmässigkeit » im § 113 St. G. B., welche die Meinungsverschiedenheiten hervorruft. Denn je nach der Auslegung dieses Begriffes ergibt sich ein verschiedener Umfang der Untertanen- und der Staatsrechte[3]. Schon jetzt kann darum festgestellt werden, dass die verzeichneten Vorwürfe, falls sie berechtigt sein sollten, nicht den Gesetzgeber treffen, und dass allein eine verfehlte Interpretation in Frage kommt. Ob und inwieweit die herrschende Lehre den richtigen Weg gewiesen, diese Untersuchung bildet den Gegenstand vorliegender Arbeit.

Eigenartig und bestritten ist schon das nach § 113 St. G. B. geschützte Objekt[4], mit anderen Worten die Frage, welche

---

[2] S. Mersmann Seite 57 « Wenn das Gesetz den Irrtum des Beamten ungestraft hingehen lässt, so ist das nur ein notwendiges Zurückbleiben hinter dem Rechtsideal, eine Klassenmoral, zu der sich der Gesetzgeber versteht für das beschränkte Gebiet der Beamtenbestrafung. »

[3] S. auch Binding Lehrb. Bd. II S. 751: « Mit dem Widerstand gegen die Staatsgewalt war aber ein Verbrechen geschaffen, dessen Abgrenzung sich zur Machtfrage zwischen Bürokratie einerseits, und Bürgertum andererseits ausgestalten konnte und leider ausgestaltet hat. »

[4] Geschichtliche Studien finden sich bei Flesch und Mersmann

Motive, welche Zwecke bei der Aufstellung der Bestimmung massgebend gewesen sind. Soll etwa der Beamte bei Vornahme der Vollstreckungshandlung in seiner körperlichen Integrität geschützt werden, oder vielleicht der Untertan in seinen wohlerworbenen Rechten, oder vielmehr die Staatsgewalt in der Exekutive? Der Beantwortung dieser Frage kommt eine erheblichere Bedeutung zu, als es auf den ersten Blick erscheint; sie wird auch später die Untersuchung beeinflussen.

Alle drei Ansichten sind vertreten. Nun wird aber durchweg der Fehler gemacht, dass man zum Problem Stellung nimmt, ohne sich vorher zu vergegenwärtigen, dass es in jedem Tatbestand verschiedenartige Angriffsobjekte gibt, dass also die Frage niemals einheitlich beantwortet werden kann. Dies kann nach den treffenden Ausführungen Oppenheims [5] nicht mehr zweifelhaft sein, und die dort aufgestellten Grundsätze vereinfachen auch hier das Problem.

Oppenheim unterscheidet in der Hauptsache das Schutzobjekt vom Handlungsobjekt und bezeichnet ersteres als das gegen den verbrecherischen Angriff geschützte, nicht persönliche Objekt z. B. das Leben, die Ehre, das Eigentum, der öffentliche Friede, letzteres als dasjenige, an dem die Handlung vorgenommen wird, z. B. bei der Tötung der zu tötende Mensch. Nun ist gewiss, dass im § 113 der Beamte das Handlungsobjekt bildet. Ihm droht die Gefahr, er wird angegriffen und in seiner körperlichen Integrität verletzt. Die Strafdrohung gilt darum seinem Schutze. Insoweit haben diejenigen Autoren Recht, die den Beamten geschützt wissen wollen.

Hierin allein kann sich aber der gesetzgeberische Gedanken nicht erschöpfen. Denn wenn der Zweck der Gesetzesbestimmung nur im Schutze des Beamten erblickt würde, so wäre die Verletzung des Rechtsguts eines Einzelnen gegeben. Damit gerieten wir aber in Wider-

---

ohne sonderlichen Gewinn für die Untersuchung; letzterer schliesst seinen geschichtlichen Teil mit folgenden Worten (S. 35): « Wir scheiden also von der Entstehungsgeschichte unseres Paragraphen in der Hauptsache mit einem negativen Ergebnis. »

[5] Siehe Oppenheim, die Objekte der Verbrechen.

spruch mit der Systematik des Gesetzes und der Wissenschaft, nach der der § 113 dem Eingriff in die Rechtsgüter der Gesamtheit unterstellt wird. Ausschlaggebend muss darum das Schutzobjekt sein, und als solches erscheint der Staatsmechanismus[6], die Staatsautorität. Der geordnete Gang der Staatsverwaltung gebietet, dass die Exekutive nicht lahmgelegt werde. Das Delikt richtet sich gegen die staatliche Macht und ist konkretisiert gegen die Person des vollstreckenden Beamten, mit anderen Worten den Träger der Staatsgewalt. Unmittelbar als Handlungsobjekt angegriffen ist der Beamte, doch ist er nicht allein verletzt. Mittelbar richtet sich der Angriff gegen die Staatsgewalt als Schutzobjekt.

Und der Untertan? Sollen nicht auch seine Interessen gewahrt werden, erscheint nicht auch er als geschütztes Objekt? Die Frage muss verneint werden. Er ist geschützt, aber er ist es weder als Schutz- noch als Handlungsobjekt. Der Gesetzgeber hatte hier allein die Exekutive als Emanation der Staatstätigkeit im Auge. Die Rechte des Bürgers sind durch eine Reflexwirkung gewahrt, nämlich dadurch, dass er nicht zur Duldung jeglichen staatlichen Angriffs verpflichtet ist, und die Staatsgewalt nur in rechtmässiger Tätigkeit geschützt, in unrechtmässiger dagegen dem Widerstand preisgegeben ist. Der Schutz des Untertanen fusst, wie unten weiter auszuführen sein wird[7], nicht allein auf dieser Bestimmung, sondern auf einer allgemeineren, das ganze Strafrecht beherrschenden, wir meinen den Satz über die Berechtigung der Notwehr. Objekt des Verbrechens ist demnach die personifizierte Staatsgewalt[8], [9].

---

[6] S. Binding Lehrb. Bd. II, S. 704: Gegenstand des Verbrechens ist die Funktionsfähigkeit des organisierten Staates.

[7] S. § 6 der Untersuchung.

[8] Ueber das Objekt des Verbrechens bei Verletzung auswärtiger Staatsgewalt s. v. Liszt in Festschrift S. 475.

[9] Sehr klar wird das Verhältnis vom Beamten und Staatsgewalt durch Kirchenhein S. 186 gekennzeichnet: « Die Staatsgewalt verhält sich zum vollstreckenden Beamten, wie das Wesen zur Erscheinung. »

HAUPTTEIL:
Das geltende Recht.

1. Kapitel.
Die Amtsausübung als Handlung.

Die Amtsausübung[1] zerfällt strikte in eine Mehrheit von Handlungen. Fasst man jedoch jede einzelne Betätigung wieder als Amtsausübung auf, so kann der Begriff der Amtsausübung dem Einheitsbegriff der Handlung unterstellt werden. Es versteht sich hiernach, dass nicht jede Handlung eine Amtsausübung sein kann, dass also der Begriff der Amtsausübung viel enger zu fassen ist, wie der viel allgemeinere der Handlung. Dieser engere Rahmen der Amtsausübung ergibt sich von selbst, wenn man berücksichtigt, dass einerseits nicht jede beliebige Person ein Amt ausüben kann, also Amtsperson sein kann, und dass andererseits nicht jede Handlung einer tauglichen Person eine Ausübung des Amtes ist.

Der Handlungsbegriff ist darum sowohl in subjektiver, wie in objektiver Beziehung zu begrenzen zur Festlegung des Begriffes der Amtsausübung.

§ 2. I. Der Kreis der tauglichen Personen.
(Die subjektive Begrenzung.)

Handlungen können ausgehen von beliebigen Personen, Amtshandlungen werden beherrscht von Amtspersonen oder besser gesagt von Beamten.

---

[1] Dazu von Streit's Definition S. 84: Amtsausübung, d. h. Handlung auf Grund des Amts in Ausübung der durch dieses gewährten Rechte und Pflichten.

Festzulegen ist darum der Begriff des Beamten. Ueber diesen gibt uns das Gesetz im § 359 folgende Definition:

« Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes sind zu verstehen alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälte » [1], [2], [3].

§ 359 sagt: « Beamter im Sinne des Strafgesetzbuches », nicht etwa Beamte im Sinne dieses, des 25. Abschnittes.

Abzulehnen ist daher die Ansicht Pfeiffer's, § 359 passe nicht auf § 113. Es ist zwar ungeschickt vom Gesetzgeber, die Definition am Schlusse des Gesetzbuches zu geben, und nicht etwa sofort dort einzustellen, wo der Begriff zum ersten Male auftaucht. Der klare Wortlaut des Gesetzes jedoch lässt keine Zweifel aufkommen. Darum ist auch der Analogieschluss Pfeiffer's, der aus der bestrittenen Nichtanwendung des § 359 St. G. B. auf § 174 Z. 3 St. G. B. auch auf die Ausschaltung der Definition bei § 113 führen soll, durchaus willkürlich, und erst recht verfehlt ist seine für § 113 St. G. B. aufgestellte Begriffsformulierung, in welcher Beamter und Träger öffentlicher Funktion identifiziert wird. Beide Begriffe sind keineswegs identisch und umgrenzen nicht dieselben Machtbefugnisse. Nicht die Tatsache, dass man ein Amt führt, ist Kriterium für den Begriff des Beamten, sondern der Eintritt in das Dienstgewaltverhältnis des Staats, die sogenannte Anstellung.

Es scheiden deshalb als Beamte diejenigen Personen aus,

---

[1] Hofbeamte also, weil nur in einem Dienstverhältnis zum König persönlich, keine Beamten nach § 359 St. G. B.

[2] Erst durch extensive Interpretation fallen die Els.-Lothr. Gemeindebeamten unter § 359 St. G. B.; das Gesetz spricht nicht von mittelbaren Reichsbeamten.

[3] Da nach der Begriffsbestimmung der deutsche Reichsbeamte nicht notwendig im Inland beamtet sein muss, so ist der im Ausland gegen einen deutschen Konsul z. B. in seiner Eigenschaft als Richter, geleistete Widerstand nach § 113 St. G. B. strafbar.

die nur auf Grund privatrechtlicher Rechtsverhältnisse (Dienstvertrag oder Werkvertrag) oder gesetzlicher Pflicht[4] (Wehrpflicht oder Gerichtpflicht) dem Staate zur Leistung von Diensten verpflichtet sind. Wird diesen Personen in Ausübung ihrer Obliegenheiten Widerstand geleistet, so steht § 113 St. G. B. nicht in Frage.

Die Voraussetzungen über das Entstehen der Beamtenqualität sind verschiedenartig geregelt, je nachdem es sich um Reichs- oder um Landesbeamte handelt; in ersterem Falle sind sie nach Reichs-, in letzterem nach Landesrecht zu beurteilen. Eine Schranke besteht jedoch für das Landesrecht insofern, als es eine die zwingende Bestimmung des § 359 St. G. B. abändernde Vorschrift nicht erlassen kann. Unerheblich ist es insbesondere, ob die Anstellung auf Lebenszeit, auf Zeit oder bloss vorläufig erfolgt ist (R. G. E., Bd. 29, S. 233), ob die Stelle etatsmässig ist, ob der Beamte Gehalt bezieht, ob er einen Diensteid geleistet, es sei denn dass letzterer Voraussetzung gültiger Anstellung ist.

Auch die Art der Anstellung, ob durch Ernennung oder Wahl ist irrelevant, ebenso die Art der Dienste, ob höhere oder niedere[5], wofern nur kein privatrechtliches Verhältnis zum Fiskus besteht. Ist aber eine den gesetzlichen Voraussetzungen nicht entsprechende Person gültig angestellt worden, so gilt sie trotzdem als Beamter; denn durch die Anstellung ist der Mangel geheilt. Der Betreffende ist gültig Beamter geworden[6].

Bestritten ist vor allem die Frage, ob unter Beamter im Sinne des § 113 St. G. B. allein der deutsche Beamte oder auch der ausländische zu verstehen ist.

---

[4] Danach sind Offiziere als Beamte zu betrachten, Reserveoffiziere nicht (so Laband Bd. IV, S. 175; a. A. das Reichsgericht in E. Bd. 29, S. 15), Schöffen und Geschworene keine Beamte, wohl aber Handelsrichter.

[5] Siehe hierzu Laband Bd. I, S. 432; a. A. die E. des R. G. Bd. XXIV, S. 83, welche die Art der Dienstleistungen für die Beamtenqualitäten in Betracht zieht.

[6] R. G. E. Bd. II S. 82, Binding Lehrbuch Bd. II S. 384.

Um zu einer klaren Beantwortung zu gelangen, empfiehlt es sich drei Fälle streng zu scheiden.

1. Die ausländische Staatsgewalt wird im Ausland verletzt.
2. Die ausländische Staatsgewalt wird im Inland verletzt.
3. Kann bei Verneinung der Strafbarkeit aus § 113 St. G. B. beim Widerstand gegen die ausländische Staatsgewalt eine Verfolgung stattfinden mit Rücksicht auf das eventl. verwirklichte gemeine Verbrechen?

Für die unbedingte Bejahung der Strafbarkeit aus § 113 St. G. B. bei Widerstand gegen die auswärtige Staatsgewalt treten ein Pfeiffer S. 18[7], Mayer-Allfeld S. 640, Anm. 3, S. 621, Schütze S. 260, Schwarze S. 51, Berner S. 385, sowie das Reichsgericht in E. Bd. 8 S. 53 und mit einer gewissen Modifikation Oppenhof[8].

Begründet wird diese Stellungnahme mit den in unserm Strafgesetzbuch geltenden allgemeinen Prinzipien. Grundsätzlich gewähre das Strafgesetz auch der fremden Staatsgewalt den Strafschutz. Dem § 4 St. G. B. komme allgemeine Geltung zu; wenn das Gesetz nicht ausdrücklich im besonderen Teile eine entgegengesetzte Anordnung getroffen habe, so greife die Bestimmung des § 4 St. G. B. durch, und da sie im 6. Abschnitt nicht ausdrücklich ausser Kraft gesetzt sei, so müsse § 4 auch hier angewandt werden. Bei Entscheidung dieser Frage dürfe die Strafhöhe nicht ins Gewicht fallen. Daraus, dass gleich hohe Strafe bei Widerstand gegen die inländischen wie gegen die ausländischen Beamten eintrete, seien keine entgegengesetzten Schlüsse zu ziehen. Denn wo das Gesetz die Delikte gegen auswärtige Staaten nicht mit gleich hoher Strafe habe belegen wollen, sei dies mit ausdrücklichen Worten geschehen (Arg. Abschn. 1—3 St. G. B.). Die preussischen Gerichte hätten auch immer der ausländischen Staatsgewalt den Strafschutz gewährt, und der Gesetz-

---

[7] Pfeiffer's Stellungnahme beruht auf der oben gekennzeichneten falschen Grundlage.

[8] Abschn. 6 finde nur auf diejenigen Verbrechen Anwendung, welche gegen die am Ort der Tat herrschende Staatsgewalt gerichtet seien.

geber hätte, falls er eine andere Praxis gewünscht, die Bestimmung des Preussischen Strafgesetzbuches nicht wörtlich übernommen. Der Widerstand gegen die auswärtige Staatsgewalt müsse darum ebenfalls auf Grund des § 113 R. St. G. B. geahndet werden.

Zutreffend ist jedoch nur die von Schultz (in einer Monographie) von Streit S. 69, Binding Lehrb. Bd. II, S. 372, M. E. Mayer, Vergl. Darst S. 439, v. Bar S. 272, Liszt S. 569, Olsh. S. 453, Merkel S. 388, Eberhard S. 32, Frank S. 214 u. a. m. verteidigte Gegenansicht, und zwar aus folgenden Gründen:

Zunächst ist es unrichtig, dass unser Strafgesetzbuch prinzipiell die fremde Staatsgewalt der eigenen gleichstellt. Dann würde man auch durch Ausdehnung des Strafschutzes auf ausländische Beamte oft zu grossen Ungerechtigkeiten gelangen, « uns zum Schergen fremder Unbilligkeit und möglicherweise fremder Gemeinheit und Barbarei erniedrigen » (v. Bar Bd. I, S. 244). Ferner würden wir in die heikle Lage gebracht, mit dem Urteil über den Angeklagten zugleich ein Urteil über die fremde Regierung, die Rechtmässigkeit ihrer Handlungen zu fällen. Es besteht auch kein besonderer Grund, die ausländischen Beamten zu schützen. Die Rivalität der Staaten unter sich lässt gar oft die Gefährdung des anderen Staats erwünscht erscheinen, und eine Erschütterung der fremden Staatsgewalt ist manchmal willkommen. Je weniger die Autorität des fremden Staates respektiert wird, um so stärker ist das Gefühl der eigenen Macht. Es wäre aber auch eine Inkonsequenz des Gesetzgebers, nachdem in den Abschnitten 1—3, welche die schwersten Eingriffe in ein Staatswesen bedrohen, die ausländische Staatsgewalt nur unter gewissen Voraussetzungen und durch mildere Strafe geschützt wird, nun im Abschnitt 6 ein leichteres Vergehen mit gleich hoher Strafe zu belegen und der inländischen Staatsgewalt keinen privilegierten Schutz zu verleihen (arg. a contrario).

Treffend hebt Binding (Lehrb. Bd. II, S. 373) noch folgendes hervor: Die Frage, ob der Beamte rechtmässig gehandelt habe, müsste nach ausländischem Staats- und Verwaltungsrecht beurteilt werden. Die inländischen Strafgesetze würden dadurch zu Blankettgesetzen von sehr erheblichem Umfang.

Dadurch würde das inländische Recht in ein Abhängigkeitsverhältnis zum ausländischen gebracht, ein Zustand, der unerträglich wäre.

Man kann noch hinzufügen, dass auch noch insofern eine Unzuträglichkeit eintreten würde, als der deutsche Strafrichter gezwungen wäre, alle ausländischen Rechte zu beherrschen, was direkt unmöglich wäre.

Doch alle diese Argumente, mögen sie auch ins Gewicht fallen, sind nicht überzeugend. Der Gesetzgeber ist nicht unfehlbar, und seine Vorschriften treffen nicht immer das Richtige; er hätte hier auch eine Bestimmung entgegen der Staatsraison schaffen können. Ausserdem würden bei Gewährung des Strafschutzes für ausländische Beamte etwa sich ergebende Härten und Schwierigkeiten nach dem Opportunitätsprinzip des § 4 St. G. B. umgangen werden können. Eine Ablehnung der Gegenansicht kann darum nur aus logisch einwandfreien Erwägungen ausgesprochen werden, und zu diesem Zwecke werden wir uns eines Syllogismus bedienen. Die Formel ist kurz:

§ 359 spricht von Beamten im Sinne des St. G. B.
§ 113 steht im St. G. B.

Beamter im Sinne des § 113 kann ergo nur derjenige des Reichs oder eines Bundesstaates sein, also nur der deutsche Beamte.

Nach dem unzweideutigen Gesetzesinhalt kann darum nur dem deutschen Beamten der Strafschutz des § 113 St. G. B. gewährt werden.

Anders wird von der Mehrzahl der oben S. 9 zitierten Autoren der zweite Fall entschieden, wenn ein ausländischer Beamter mit Autorisation der inländischen Regierung im Inland tätig wird, z. B. wenn ausländische Polizeibeamte einen Verbrecher abholen, oder wenn eine fremde Zollstation im Inland errichtet ist. Hier will man den Schutz des § 113 St. G. B. nicht versagen, teils (nach Binding) darum, weil seine Gewährung der bona fides entspreche[9], teils weil man den ausländischen

---

[9] Eine Argumentation auf Grund der bona fides mag wohl im

Beamten vorübergehend als deutschen betrachtet (Schultze, S. 64, Oppenhof, S. 283). Diese letztere Behauptung ist vom staatsrechtlichen Standpunkt so unhaltbar[10], dass sie keiner weiteren Widerlegung bedarf. Die Nationalität kann man doch nicht wechseln wie ein Hemd!

Auch von Streit's Erwägungen (ihm schliesst sich Eberhard, S. 31 an) sind von seiner Seite befremdend. Er führt aus, der ausländische Beamte handle als ein von unserem Staate angestellter, er besorge Angelegenheiten unseres Gemeinwesens, und werde also in unserem Interesse tätig. Im Gegenteil, der ausländische Beamte wird meist im Interesse des ausländischen Gemeinwesens tätig, und selbst wenn er auch unsere Interessen mitverfolgen würde, ist dies kein Grund, ihn als inländischen anzusehen.

Hälschner sagt einwandfreier, der ausländische Beamte vertrete in diesem Falle die Autorität des deutschen Staates (Lehrb. Bd. II, S. 795), was aber ebenfalls abzulehnen ist.

So sind denn alle zur Bejahung der Frage angeführten Erwägungen unzutreffend, und es ist zwecklos, nach neuen zu suchen. Die Gesetzesbestimmung hat auch diesen Fall geregelt. Unter § 113 fallen eben nur die inländischen Beamten, ausländische dagegen niemals, auch wenn sie Geschäfte unseres Staatswesens wahrnehmen sollten. Wir müssen darum mit Olshausen, Bd. II, S. 435, konsequent bleiben, und die ausländische Staatsgewalt weder im Auslande noch im Inland schützen. Sollte dies ungerechtfertigt erscheinen, so kann hier nur mit M. E. Mayer, Vergl. Darst S. 442, eine bedauerliche Lücke unserer Strafgesetzgebung konstatiert werden; man muss sich aber hüten einen Wunsch in das Gesetz zu interpretieren.

Es bleibt nun noch die dritte Frage offen, ob der Täter, der einem ausländischen Beamten Widerstand leistet, wegen des darin eventl. enthaltenen gemeinen Verbrechens zur Verantwortung gezogen werden kann. Sie kann mit John

---

Privatrecht berechtigt sein, im Strafrecht ist sie jedoch nicht angebracht.

[10] Es fehlt hier die Voraussetzung der Anstellung im inländischen Staatsdienst.

(H. H. Bd. III, S. 96 und v. Bar, S. 249) nur in bejahendem Sinne entschieden werden. Denn auch bei Widerstand gegen deutsche Beamte kann § 113 mit anderen Paragraphen des Strafgesetzbuches in Idealkonkurrenz treten[11]. Kommt nun eine Gesetzesbestimmung nicht in Betracht, so bleibt die Strafdrohung der anderen voll und ganz bestehen. Würde sie nicht in Kraft bleiben, so käme man zu höchst unerquicklichen Resultaten.

Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: Ein von uns steckbrieflich verfolgter Verbrecher flüchtet sich ins Ausland; dort soll er von der auswärtigen Polizeibehörde auf unser Ersuchen verhaftet und ausgeliefert werden; er entzieht sich jedoch der Verhaftung dadurch, dass er dem Polizeibeamten eine schwere Körperverletzung beibringt, und nun sollte man ihn wegen dieses Vergehens im Inlande nicht verfolgen können? Es ist klar, dass hier aus §§ 223, 223 a, 224 St. G. B. Strafe eintritt. Allerdings muss v. Bar (S. 248) zugegeben werden, dass das auswärtige Amtsrecht als Recht zur Amtsausübung auch von unserer Strafjustiz anerkannt werden muss. Wenn man nämlich die Beamtenqualität einfach als nicht vorhanden betrachtet, so wird in vielen Fällen der Tätigkeit der ausländischen Beamten das rechtliche Fundament entzogen; die Amtsausübung erscheint dann als rechtswidriger Angriff, gegen den Notwehr zulässig ist, und es müsste die Gegenwehr des sich Widersetzenden straflos bleiben. Dieser Grundsatz darf aber nicht dadurch eingeschränkt werden (anders v. Bar, S. 219), dass man die Rechtmässigkeit der Organe der ausländischen Staatsgewalt nicht lediglich nach dem ausländischen Gesetze beurteilt; denn wie kann der ausländische Beamte das inländische Recht beherrschen, und in welcher Weise sollte die Verquickung des inländischen Rechts mit dem ausländischen Recht erfolgen?

---

[11] Derselben Ansicht ist das Reichsgericht im Urteil des IV. Strafsenats vom 28. September 1900, das die Möglichkeit der Gesetzeskonkurrenz zwischen § 113 und § 241 St. G. B. bejaht. Bestritten von Meves in H. H. Bd. IV, S. 312, jedoch nur für die gefährliche Körperverletzung, § 223 a. St. G. B.

Der so festgelegte Personenkreis darf weder enger noch weiter gezogen werden. Darum schliesst Binding, entgegen der herrschenden Ansicht[12] die Kirchenbeamten, insoweit ihnen die Ausübung staatlicher Funktionen übertragen ist, zu Unrecht von den Beamten aus. Er begründet seine Ansicht folgendermassen: Das Strafgesetzbuch habe geflissentlich den Ausdruck Kirchenbeamter vermieden und durch « Religionsdiener », « Geistlicher » ersetzt. Es liege aber auch im Interesse der Rechtsgleichheit, Angestellte einer Religionsgesellschaft nicht als Angestellte des Staats zu betrachten, und vermeide Halbheiten. Deshalb dürfe man sie, selbst wenn sie vom Landesstaatsrecht ausdrücklich in die Staatsbeamten eingereiht worden seien, nicht als Beamte betrachten; denn die Bestimmung des Reichsrechts breche das Landesrecht.

De lege lata muss diesen Ausführungen widersprochen werden. Als Geistliche und Religionsdiener fallen sie entschieden nicht unter den Beamtenbegriff des § 359 St. G. B. Sind ihnen jedoch neben dem kirchlichen Amt die Ausübung staatlicher Funktionen übertragen, dann sind sie insoweit Beamte. Dies hat aber mit ihrer Eigenschaft als Geistliche nichts zu tun, wie z. B. auch ein Kaufmann sehr gut nebenbei noch Beamter sein kann (Handelsrichter). Nach § 359 St. G. B. ist es nicht erforderlich, dass die Stellung als Beamter den Lebens- oder alleinigen Beruf bildet.

Ueber den Kreis der Beamten hinaus gewährt die Bestimmung des § 113 St. G. B. noch folgenden Personen Schutz unter Gleichstellung mit den Beamten im Sinne des § 359 St. G. B., nämlich:

1. Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen worden sind (Gegensatz solche, die freiwillig herbeigeeilt sind), und zwar gleichgültig, ob durch den vollstreckenden Beamten oder die anordnende Behörde oder eine bereits zugezogene Person.

---

[12] Frank, S. 597, R. G. E., Bd. III, S. 258; Bd. XIV, S. 130. Rüd.-Stengelein, S. 754, v. Liszt, S. 593.

Friedberg, S. 257, scheidet die Geistlichen in Diener am Wort und Träger staatlicher Funktionen.

Die Strafbarkeit der Widersetzung gegen die zugezogene Person hängt davon ab, dass der Beamte sich in rechtmässiger Amtsausübung befunden hat.

2. Mannschaften der bewaffneten Macht.

Dies sind nach M. E. Mayer, Vergl. Darst, S. 388, die dem Heere oder der Marine angehörigen Offiziere, Unteroffiziere und Gemeine, sowie die Mitglieder des Sanitäts- und Maschineningenieurkorps, gleichviel ob sie dem aktiven Dienststand oder dem Beurlaubtenstand angehören.

3. Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr.

4. Nach Spezialgesetzen (insbesondere § 3 des G. v. 21. November 1887) die Kommandanten eines zum Schutz der Telegraphenkabel berufenen Kriegsschiffs.

Zu 2. und 3. Die genannten Personen müssen sich in rechtmässiger Ausübung des Dienstes befinden[13], und nur die Vollstreckungshandlung[14] geniesst den Schutz des § 113 St. G. B., nicht jede Tätigkeit in Ausübung des Dienstes[15]. Dies ergibt sich aus der Tendenz des § 113 St. G. B., und ist auch die einzige, sinngemässe Interpretation (s. deductio ad absurdum bei M. E. Mayer, Vergl. Darst, S. 437.)

§ 3. II. Der Kreis der geschützten Handlungen.

(Die objektive Begrenzung.)

Nicht jede Tätigkeit einer tauglichen Person untersteht dem Schutze des § 113 R. St. G. B., sondern nur eine bestimmte Gruppe von Betätigungen.

Geschützt ist nur die Vollstreckungshandlung einer Amtsperson, nicht auch die sonstige, amtliche Tätigkeit (ob öffentlich rechtlicher[1] oder privatrechtlicher[2] Natur),

---

[13] Bestritten von Pfeifer, S. 32.

[14] So von Streit S. 112, 113, Pfeiffer S. 32, Binding Bd. II, S. 782.

[15] Olshausen S. 463 unter b); R. G. E., Bd. 13, S. 105, Frank, S. 224.

[1] Z. B. Verkündung des Urteils seitens des Richters (a. A. v. Streit S. 59).

[2] Z. B. der Postbeamte in Ausführung der privatrechtlichen Beförderungsverträge, anders als Gerichtsbote.

Interessante Gesichtspunkte über die Abgrenzung der amtlichen

und erst recht nicht die Privathandlungen, welche in gar keiner Beziehung zu der Beamteneigenschaft stehen. Diese beiden Komplexe von Handlungen, die sonstige, amtliche Nichtvollstreckungs- und die private Tätigkeit des Beamten scheiden von Anfang an aus.

1. Der Beamte muss, wie das Gesetz sagt, «zur Vollstreckung berufen sein», nicht etwa zur Anordnung. Darum wird der den Befehl zur Vollstreckung erteilende Beamte den Schutz des § 113 meist nicht geniessen. Denn die Anordnung der Vollstreckungshandlung und ihre Ausführung sind meist verschiedenen Beamtenkategorien zugewiesen. Die Verwirklichung der Vollstreckung gehört in diesen Fällen nicht zum Geschäftskreis des Befehlenden. Ausnahmsweise kann aber das Gesetz ein persönliches Eingreifen auch des die Anordnung erteilenden Beamten erlauben. Dann ist dieser als zur Vollstreckung dieses speziellen Einzelfalls berufen anzusehen. Eine generelle Ermächtigung zum Eingreifen ohne besondere gesetzliche Befugnis steht jedoch dem Befehlenden nicht zu, sie kann auch nicht aus der Natur der Sache abgeleitet werden, etwa «weil der Befehlende nicht nur an der ganzen Zwangshandlung regen Anteil nehme, dem Täter als der Hauptbeteiligte erscheine und eine ebenso exponierte Stellung wie der Unterbeamte innehabe, sondern weil auch in manchen Fällen eine Abgrenzung unmöglich sei, und weil derjenige, dem die Handhabung des Zwangsapparates zustehe, das Recht habe, persönlich einzugreifen in eifriger Verfolgung des Dienstes»[3]. Ja, selbst wenn Gefahr im Verzug ist, so darf aus dieser Tatsache allein die Legitimation des befehlenden Beamten zu persönlichem Eingreifen nicht abgeleitet werden[4]. Das Recht zur Teilnahme an der Vollstreckung muss vielmehr auf einer Gesetzesstelle fussen.

Diesen Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht ein in E. Bd. 15, S. 227 ff. und Bd. 28, S. 19. Interessant ist die erste der angeführten Entscheidungen, deren Ausführungen in den

---

Vollstreckungs- und der privatrechtlichen Tätigkeit bietet R. G. E. Bd. 41, S. 82.

[3] S. von Streit, S. 62.

[4] a. A. Binding, Bd. II, S. 760.

Schlussfolgerungen jedoch nicht gebilligt werden können. Sie möge hier kurz angeführt werden.

Ein Gerichtsassessor hatte in einem auswärtigen Termine dem Angeklagten eine sofort zu verbüssende vierundzwanzigstündige Haftstrafe wegen Ungebühr auferlegt. Dem Gerichtsschreiber, der auf Anordnung des Assessors den Angeklagten verhaften wollte, widersetzte sich der Angeklagte mit Gewalt. Ebenso dem Assessor persönlich, der den Angeklagten daran hindern wollte, sich aus der Gaststube, wohin er beiden gefolgt war, zu entfernen. Die Verhaftung durch die beiden Gerichtspersonen musste deshalb unterbleiben.

Das Reichsgericht gelangt zur Verurteilung des Angeklagten, indem es annimmt, dass der Assessor in diesem konkreten Einzelfall dazu berufen gewesen sei, die von ihm selbst erlassene Anordnung zur Vollstreckung zu bringen, weil nämlich hier ein Ausnahmefall vorliege, kraft dessen der Richter durch sein Amt zur persönlichen Mitwirkung bei Ausführung der Verhaftung berufen sei, einer Amtshandlung, die ja der Regel nach zu den Geschäftskreisen der besonders angestellten Vollstreckungsbeamten gehöre. In diesem besonders gelagerten Falle sei die sofortige Ausführung der verfügten Massregel im Interesse wirksamer Sitzungspolizei geboten gewesen, und diese Erwägung begründe die Zuständigkeit des Assessors zur Vollstreckung.

Die Begründung des Reichsgerichts ist nun so verklausuliert und so dehnbar, dass man sofort erkennt, dass sie hier auf den Einzelfall zurecht geschnitten ist. Sie ist ganz widerspruchsvoll. Wie kann denn von Ausübung der Sitzungspolizei nach Beendigung des Termins und in einer Wirtsstube überhaupt gesprochen werden? Auch im Laufe der Sitzung würde die Selbstvollstreckung eines Haftbefehls niemals zu der Zuständigkeit des Amtsrichters gehören. Das richterliche Amt hat mit Vornahme von Vollstreckungshandlungen nichts zu tun. Der Beruf des Richters liegt allein in der Anordnung der Ordnungsstrafe. Ihre Vollstreckung ist den richterlichen Beamten abgenommen und besonderen Beamtenkategorien (Gerichtsvollziehern, Polizeibeamten) überwiesen, deshalb, weil Vorfälle dieser Art die Würde des Gerichts beeinträchtigen müssen. Von einer Berufung des Assessors für den konkreten

Einzelfall zur Vornahme der Vollstreckungshandlung kann darum nicht gesprochen werden. Der ihm geleistete Widerstand konnte darum nicht auf Grund des § 113 St. G. B. gestraft werden [5].

Festzulegen ist nun der Begriff der Vollstreckung.

Vollstreckung ist jede gegen eine Person oder Sache gerichtete Tätigkeit, durch die ein konkretisierter Wille des Staats unter Bereitstellung, und nötigenfalls Anwendung von Zwangsmitteln verwirklicht wird (M. E. Mayer, Vergl. Darst S. 435).

Zunächst muss die im Gesetze formulierte, generalisierte oder abstrakte Willensäusserung durch ein staatliches Organ auf den konkreten Einzelfall angewandt, spezialisiert werden. Die Massregel selbst kann sich dann richten gegen eine Person oder Sache. (Einschränkend von Streit, S. 62); es wird z. B. auf Einziehung von Platten erkannt. Der so ausgeübte Zwang richtet sich indirekt gegen die vielleicht unbekannte oder geflüchtete Person, die zu der Sache in einem rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnis steht.

Weiter muss auch die Möglichkeit einer zwangsweisen Durchführung vorhanden sein. Da dies bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit [6] ebenso der Fall ist wie bei der streitigen, so ist es falsch zu behaupten, es könne bei ihr von einer Vollstreckung nicht die Rede sein [7].

Belanglos bleibt auch die Natur des der Vollstreckung zugrundeliegenden Titels, ob ein Rechtstitel oder besser ein Gerichtstitel oder ein Verwaltungstitel, mit anderen Worten, ob die Tätigkeit des einschreitenden Beamten sich stützt auf

---

[5] So auch R. G. E. Bd. 31, S. 77. « Die Revision erachtet die Auffassung der Strafkammer, dass der Angeklagte einer rechtmässigen Amtsausübung Widerstand entgegengesetzt habe, schon deshalb für verfehlt, weil dem Amtsrichter im § 489, Abs. 3, St. P. O. nur das Recht behufs Vollstreckung der Freiheitsstrafe ein Haftbefehl zu erlassen übertragen, die Ausführung dieses Befehls aber dem Richter mit Rücksicht auf die Würde des Amts versagt, und durch die Landesgesetzgebung anderen Kategorien von Beamten übertragen ist. »

[6] Z. B. Zwangsmassregeln gegen Vormund.

[7] So die herrschende Ansicht, insbesondere Streit, S. 63, Borchardt, S. 55.

Urteile und Verfügungen der Gerichte oder Befehle und Anordnungen der Verwaltungsbehörde. Vollstreckungshandlungen als Ausfluss staatlicher Autorität können ausgehen sowohl von den gesetzgebenden Faktoren, wie von Justiz oder Verwaltung. Die Vorschrift umfasst die gesamte Staatstätigkeit, Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung.

Die Vollstreckungstätigkeit beruht jedoch in allen drei Fällen auf dem Gesetz, ob unmittelbar (direkt) oder mittelbar (indirekt). Vollstreckt der Beamte auf Grund einer Anordnung oder eines Urteils, so muss diese Anordnung, dieses Urteil immer gesetzmässig sein; der Beamte wird dann hier mittelbar[8] auf Grund des Gesetzes tätig. Eine Trennung der Beamten in solche, die auf Grund von Gesetzen, und solche, die auf Grund von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörde oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte tätig werden, ist darum undurchführbar[9]. Subjekt der Konkretisierung und der Vollstreckung können darum identisch sein (direkte Gesetzesvollstreckung), müssen es aber nicht (indirekte Gesetzesvollstreckung).

2. Der Beamte muss zur Vollstreckung b e r u f e n sein, Gegensatz angestellt sein. Es fallen also darunter nicht nur Beamte, deren a u s s c h l i e s s l i c h e r Beruf in Vollstreckungshandlungen besteht, sondern auch Beamte, die zu einer konkreten Vollstreckungshandlung durch das Recht ermächtigt sind. Das Gesetz hat nicht eine bestimmte Gruppe von Beamten im Auge, sondern Handlungen gewisser Natur irgend eines Beamten.

Andererseits wird durch das später zu besprechende Requisit der Rechtsmässigkeit der Kreis der zur Vollstreckung tauglichen Personen eingeengt, da nicht jeder Beamter Vollstreckungshandlungen vornehmen darf.

Aus der Fülle der in Betracht kommenden Beamten mögen hier einige erwähnt werden:

Gerichtsvollzieher, Polizeibeamte;

Landgendarmen (als Angehörige der bewaffneten Macht).

---

[8] Von einer mittelbaren oder unmittelbaren Berufung kann strikte nicht die Rede sein, da die Berufung selbst immer unmittelbar ist.

[9] a. A. Olshausen, S. 454.

Die öffentlich angestellten Volksschullehrer, als unmittelbare Vollstrecker der das öffentliche Schulwesen regelnden Anordnungen (R. G. E. Bd. 25, S. 89),
Feldhüter (R. G. E. Bd. 3, S. 341).
Steuerexekutoren, Eisenbahnstationsvorsteher, Grenzaufsichtsbeamten, Gemeindenachtwächter, Scharfrichter. (Berlin, O. Bd. 13, S. 466).

Wir haben nun festgestellt, dass nur Vollstreckungshandlungen eines zur Vollstreckung berufenen Beamten unter § 113 St. G. B. fallen. Der so gefasste Kreis von Handlungen ist aber noch zu weit; das Gesetz verlangt ferner, dass die Vollstreckungshandlung r e c h t m ä s s i g sei. Das Erfordernis der Rechtmässigkeit ist darum in folgendem näher zu besprechen. Wegen der Bedeutung und der prinzipiellen Wichtigkeit wurde es zum Gegenstand einer selbständigen Erörterung gemacht.

---

2. Kapitel.

Das Merkmal der Rechtmässigkeit[1].

Im § 113 stehen zwei Personen einander feindlich gegenüber, der Beamte dem Privatmann, die Staatsgewalt dem Untertan. Beider Interessen sind des Schutzes des Gesetzes wert, und sollen durch die Gesetzesvorschrift Berücksichtigung[2] finden, der Beamte bei der pflichtgemässen Erfüllung seiner Amtsobliegenheiten, der Untertan in seiner persönlichen Freiheit, in seinen Lebens- und Vermögensinteressen[3].

Eine schwere Interessenkollision liegt hier vor, und leider sind die Gegensätze zu schroff und unvereinbar. Es ist nach

---

[1] Als Begriff verschieden, sowohl von der Zuständigkeit (enger), wie von der Zweckmässigkeit (teils enger, teils weiter).

[2] Darum falsch, Pfeifer, S. 37, « es ist k e i n e s w e g s der Zweck des § 113 den Beamten u n d den Bürger zu schützen ».

[3] Einem Kaufmann z. B. kann durch eine ungerechtfertigte Vollstreckungshandlung sein ganzer Kredit abgeschnitten werden, da der Anschein der Zahlungsunfähigkeit erweckt wird.

geltendem Recht unmöglich, eine allgemein gültige Formel zu finden, und die konträr entgegengesetzten Prinzipien zu vereinigen, ihre Gegensätze so zu mildern, dass beide Interessen, die des Beamten sowohl, wie die des Bürgers gewahrt werden. Die Gesetzesbestimmung ist nicht derartig schmiegsam geschaffen, dass sie eine leichte Anpassungsfähigkeit auf die verschiedenartigsten Einzelfälle besitzt. Darum werden sich auch bei Aufstellung von Richtlinien und Prinzipien immer wieder Fälle konstruieren lassen, die das gewonnene Resultat als unbillig und ungerecht, das Prinzip selbst als verfehlt erscheinen lassen. Dieser Einsicht darf man sich nicht verschliessen, und es ist wichtig auf diese Umstände hinzuweisen, um bei Verfechtung der eigenen Ansicht einer zerstörenden Kritik standhalten zu können. Die theoretische Jurisprudenz [4] lässt uns hier zum Teil im Stich. Wie man auch entscheiden mag, man kann sich eines Gefühls des Unbehagens nicht erwehren, und das sogenannte Gerechtigkeitsgefühl kann hier nicht als Wertmesser dienen. Eine absolut einwandfreie Lösung dieser Interessenkonflikte kann nach geltendem Recht nicht erreicht werden. Es ist darum die relativ beste zu wählen. Unter den verschiedenen aufgestellten Theorien wird diejenige den Vorzug verdienen müssen, die der Logik des Gesetzes gerecht wird, und dabei am wenigsten Härten und Unbilligkeiten zeitigt. Hierdurch kommen Gesetz und beachtliche Zweckmässigkeitsrücksichten zu ihrem Rechte.

§ 4. I. Stand der Ansichten [1].

Entsprechend den schwerwiegenden Interessenkollisionen, die sich aus der Gegenüberstellung des Bürgers und des Beamten im § 113 St. G. B. ergeben, hat die Frage, was unter Rechtmässigkeit zu verstehen sei, in der Literatur eine verschiedene Beantwortung gefunden, je nachdem man das In-

---

[4] Der Richter, der an starre Prinzipien nicht gebunden ist, wird meist für den Einzelfall das Angemessene finden können.

[1] Um einer Ueberlastung der Arbeit durch Literaturzitate vorzubeugen, folgt unter dieser Rubrik eine systematische Gliederung der aufgestellten Theorien.

teresse des Beamten oder das des Bürgers als das höher zu wertende erachtete. Daraus entwickelten sich sehr zahlreiche Theorien:

I. Vorweg abzulehnen sind diejenigen Theorien, die die Rechtmässigkeit durch ein rein äusserliches Merkmal sei es quantitativer, sei es qualitativer Art kennzeichnen wollen. Sie lassen sich in der Erkenntnis, dass ein äusserlicher Vorgang besser nachzuprüfen sein wird als ein innerer Gedankengang, durch das Bestreben leiten, dem Richter eine leichtere Handhabung der Gesetzesbestimmung zu ermöglichen, verfallen aber in den Fehler, alle Fälle zu schematisieren.

1. Eine dieser Theorien stellt die Unersetzlichkeit des drohenden Schadens in den Vordergrund, und lässt das Widerstandsrecht nur für diesen Fall zu. In der nach dem Jahre 1870 erschienenen Literatur wird diese Ansicht nur noch vertreten von Oppenhof zu § 113 Nr. 16; sie hängt eng zusammen mit der Auffassung, dass die Bedrohung mit einem unersetzlichen Nachteil Voraussetzung der Notwehr sei.

Durch diese Bedingung soll vor allem die Autorität der Staatsgewalt gewahrt werden, der Untertan soll den staatlichen Eingriff solange dulden, als die Möglichkeit vorhanden ist, den eventl. entstandenen Schaden später durch Rechtsmittel wieder auszugleichen, und nur bei Bedrohung eines unersetzlichen Gutes sich zur Wehr setzen dürfen.

Die Theorie ist unbrauchbar. Es wird immer sehr schwer zu bestimmen sein, welches Recht gerade ein unersetzliches ist, und man wird oft zu verschiedenen Entscheidungen gelangen müssen, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Beamten, des Angegriffenen oder des unparteiischen Dritten (des Richters) stellt. Sie ist willkürlich, weil sie in den § 113 sowohl, wie in den § 53 St. G. B. eine Beschränkung interpretiert, die durch nichts gerechtfertigt ist. Sie ist aber auch unlogisch. Sie setzt die Folgen, die die Rechtswidrigkeit eventl. haben kann, für das Wesen.

2. Ebenso verfehlt ist die von Hiller aufgestellte Theorie, das Unrecht müsse offenbar sein. Dies soll (S. 49) der Fall sein, wenn die Form des Vollstreckungsaktes eine auf den ersten Blick gesetzwidrige ist, oder der Inhalt sich als ein

offenbares und sehr ernstes, materielles Unrecht kennzeichnet; der Widerstand sei nur zulässig gegen Verletzungen der höchsten Rechte der Untertanen so evidenter Art, dass die individuelle Ueberzeugung des Einzelnen von seiner Beeinträchtigung notwendig auch die aller Verständigen sein müsse.

Die Theorie soll verhindern, dass der Täter aufs Geradewohl Widerstand leistet und später durch den Rat eines Rechtskundigen belehrt, sich auf die bei der Widerstandsleistung nicht erkannte Widerrechtlichkeit der Vollstreckungshandlung berufen kann [2].

Auch hier muss entgegengehalten werden, dass der Begriff des Wortes « offenbar » ein sehr dehnbarer ist. Dann ist es anerkannt, dass das Gesetz die unrechtmässigen Handlungen überhaupt ausschliessen will, mit andern Worten für das Wesen der Unrechtmässigkeit bleibt die Erscheinung irrelevant, d. h. es kann keine Rolle spielen, ob das zugefügte Unrecht sehr schwer oder minimal ist [3].

Nach dem Gesagten erübrigt sich die Widerlegung der Theorie, Unersetzlichkeit und Offenbarkeit des Unrechts kumuliert seien Merkmale der Rechtswidrigkeit.

3. Eine dritte Theorie will die Rechtmässigkeit scheiden in eine innere oder materielle (sind die sachlichen Voraussetzungen der Massregeln vorhanden?) und eine äussere, formelle (sind die gesetzlich vorgeschriebenen Formen gewahrt?). Nur die äussere Rechtswidrigkeit komme nach § 113 in Betracht. Vertreter dieser Ansicht ist Berner S. 390.

Mit einer gewissen Modifikation hat in neuerer Zeit Goldschmidt (s. Ungerechtf. Vollstreckungsbetrieb S. 75 ff., und Festgabe für Gierke Bd. III. S. 116 ff.) diese Theorie

---

[2] Vergl. hierzu den interessanten Fall R. G. E., Bd. II, S. 263 fg., wo zwar die Unrechtmässigkeit der Amtshandlung ausser Zweifel steht (die Voraussetzung der §§ 103 fg., St. P. O, lagen nicht vor), wo aber sicherlich der Angeklagte diese Umstände überhaupt nicht kannte. Wie aber wenn die Abholung der Prostituierten nicht aus sanitären Gründen (es war Anzeige gegen sie wegen syphilitischer Ansteckung erstattet worden), sondern wegen Körperverletzung hätte erfolgen sollen?

[3] Nach v. Streit, S. 89, ist sogar das nicht offenbare Unrecht das gefährlichere.

wieder aufgegriffen. Die beiden Schriften bilden hauptsächlich eine Polemik gegen den Zivilprozessualisten Geib [4]. So kommt es, dass zivilrechtliche und zivilprozessuale Gesichtspunkte in den Vordergrund treten, und die strafrechtliche Seite des Problems ohne systematische Entwicklung nur kurz gestreift wird. Die Uebersichtlichkeit der Ausführungen leidet darunter, dass beide Probleme sich kreuzen, und zum Teil ineinander übergehen [5]. Die Ergebnisse sind jedoch scharf in einer Formel zusammengefasst, und diese steht derjenigen Berner's sehr nahe, wenn auch Goldschmidt in der Begründung sich sehr an die später zu besprechende Theorie der Amtspflichtmässigkeit anschliesst.

Für Goldschmidt kann ein- und dieselbe Massregel rechtmässig oder rechtswidrig sein je nach dem Standpunkt, von dem aus sie betrachtet wird, ob von demjenigen des Staats, des Richters oder des vollziehenden Vollstreckungsorgans [6]. Er führt aus [7]: « Rechtmässig sind nur die prozessordnungsmässigen Handlungen, der einen materiell ungerechtfertigten Haftbefehl, ein materiell ungerechtfertigtes Urteil vollziehenden Vollstreckungsorgane. Ihnen steht bei Erfüllung der ihnen durch den richterlichen Vollstreckungsbefehl unbedingt auferlegten Dienstpflicht zu vollstrecken, ein staatliches Recht zu vollstrecken, ein jus executionis zur Seite. Daraus folgt, dass ihnen geleisteter Widerstand gemäss § 113 strafbar ist. » « Durch einen unberechtigten Haftbefehl, eine unberechtigte Strafverurteilung erlangt der Staat kein Verhaftungs-, kein Strafvollstreckungsrecht, kein jus exequendi. In Ermangelung eines ihm zur Seite stehenden Rechts zur Vollstreckung, eines jus exequendi, handelt aber der den materiell ungerechtfertigten Vollstreckungsbefehl erlassende Richter durch das Medium der Vollstreckungsorgane objektiv rechtswidrig. Und da der Vollstreckungsbefehl einerseits die

---

[4] S. das Vorwort zum « Ungerechtf. Vollstreckungsbetrieb ».

[5] S. den Analogieschluss von ius possessionis und ius possidendi auf ius executionis und ius exequendi; über die Berechtigung einer solchen Gegenüberstellung s. weiter unten.

[6] Hier schliesst er sich der Theorie der Amtspflichtmässigkeit an.

[7] Festgabe, Bd. III, S. 116 fg.

Handlung eines Beamten innerhalb seiner Zuständigkeit, andrerseits die unmittelbare Verletzung einer staatlichen Pflicht ist, handelt in seinen die staatliche Justizhoheit verkörpernde Organ der zu Unrecht verhaftende oder bestrafende Staat selbst objektiv rechtwidrig ». Die Theorie gipfelt dann in dem Satz: Gleichgültig ob der Beamte auf Befehl [8] oder eigene Initiative [9] eingreift, immer und in jedem Fall genügt es und gebührt der Schutz des § 113 demjenigen Vollstreckungsbeamten, der innerhalb seiner abstrakten und örtlichen Zuständigkeit unter Beobachtung der wesentlichen Formen amtlich tätig wird [10]. Auf die sachliche Richtigkeit der Amtsausübung kommt es überhaupt nicht an. Gleichgültig ist es hierbei, ob es sich um sachliche Voraussetzungen der Zulässigkeit des amtlichen Einschreitens überhaupt (dringender Verdacht), oder um solche der Art und Weise, des Umfangs des Einschreitens handelt (Pfändbarkeit der Gegenstände).

Der Zweck der Theorien besteht darin, dem rechtsunkundigen Laien feste, äusserlich erkennbare Anhaltspunkte zu geben, wann ihm ein Widerstandsrecht gegeben ist. Denn die Formen der Vollstreckungshandlungen sind dem Laien bekannt, teils vom Hörensagen, teils durch die Zeitungsberichte, teils aus eigener Erfahrung. Auch über die Zuständigkeit der Beamten kennt er sich meist aus; darum soll ihm hier ein Kontrollrecht zugestanden werden. Die Nachprüfung der Gesetzesanwendung jedoch, die besondere juristische Kenntnisse erfordert, soll ihm entzogen bleiben; hierfür sei das Gerichtswesen geschaffen.

Zuzugeben ist nun, dass bei Vollstreckungen — wie überhaupt bei allen Rechtshandlungen des Zivilprozessrechts — die Form eine grosse Rolle spielt. Unbestritten ist auch, dass ein Verstoss gegen eine wesentliche Formvorschrift der Handlung ihre Rechtmässigkeit entzieht. A l l e i n für sich massgebend ist sie jedoch nicht. Wahrung der Form kann unmöglich gleichbedeutend sein mit Rechtmässigkeit. Der Gesetzgeber hätte einen solchen Gedanken anders fassen

---

[8] Festgabe S. 116.

[9] Festgabe S. 128.

[10] S. h. Gegenentwurf § 136, der dieser Formel genau entspricht.

müssen, und auch die Motive ergeben keine Anhaltspunkte dafür, dass er eine derartige Auslegung beabsichtigte. Goldschmidt verlangt ausserdem noch die Zuständigkeit des einschreitenden Beamten. Doch dieses Erfordernis allein kann die Lücke nicht ausfüllen. Das Wort Rechtmässigkeit schliesst mehr in sich. Es ist klar, dass auch der Inhalt der Massregel, ihre sachliche Bedeutung ins Auge gefasst werden muss. Dem Inhalt der Vollstreckungshandlung kommt für ihre Rechtmässigkeit erhöhte Bedeutung zu. Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass sehr oft zweifelhaft ist, welche Erfordernisse zu den materiellen, und welche zu den formellen gehören[11]. Und wenn der Zweck dieser Theorie eine leichtere Erkennbarkeit, eine leichtere Handhabung ist, wenn sie verhüten soll, dass der Laie sich mit spezifisch juristischen Kenntnissen befasse, wie soll nun der Laie die blos instruktionell vorgeschriebenen Förmlichkeiten von den gesetzlich angeordneten unterscheiden können? Auch hier versagt der Endzweck.

Goldschmidt nimmt zudem seinen Ausganspunkt nur von richterlichen Massregeln, und übersieht dabei, dass § 113 R. St. G. auch von Anordnungen der Verwaltungsbehörden spricht. Trotzdem dehnt er dann stillschweigend die Formel auch auf sie aus. Er scheint hier mit dem besonderen Nimbus, den richterlichen Anordnungen geniessen, operieren zu wollen und hat sich im Glauben an eine vermeintliche, praktische Unbrauchbarkeit der Gegenansicht[12] allzusehr von seinem Gerechtigkeitsgefühl[13] leiten lassen. Dadurch setzt sich Goldschmidt mit der

---

[11] S. a. Goldschmidt, Festg., Bd. III, S. 128, Anm. 2: « Welche Voraussetzungen gerade der Pfändung formaler, welche materieller Natur sind, ist ausserordentlich bestritten. » Z. B. bei der Rechtskraft. Für die Zuständigkeit sind diese Bedenken durch ausdrückliche Aufnahme in die Formel beseitigt.

[12] Dies daher, weil er den Kreis der rechtswidrigen Handlungen zu weit zieht (s. dar. u. § 6) und von der verbindlichen Kraft eines rechtswidrigen Befehls ausgeht (s. dagegen M. E. Mayer in Festschr.).

[13] S. Ung. Vollstr., S. 78: « Die Ansicht, dass die unbedingte Gehorsampflicht des Volstreckungsbeamten gegenüber dem rechtswidrigen Dienstbefehl seiner Amtsausübung den Charakter einer rechtmässigen nicht verschaffen vermag, ist auch praktisch unbrauchbar.

Logik des Gesetzes in Widerspruch. Im Ergebnis würde das materielle Unrecht geschützt werden, sobald nur die Formen gewahrt sind. Dies will gerade das Gesetz vermeiden. Der Untertan wäre der Willkür des Beamten ausgeliefert, ein Resultat, das unbillig und durch nichts gerechtfertigt ist. Im Gesetze findet die Theorie keinen Anhaltspunkt.

II. Logisch betrachtet kann man die Rechtmässigkeit auf vier verschiedene Weisen auffassen, und danach vier Gruppierungen aufstellen:

1. Der Standpunkt der absoluten Rechtmässigkeit der Amtshandlung: Der Staat bezw. sein Vollzugsorgan handelt immer rechtmässig.

2. Der Standpunkt der subjektiven Rechtmässigkeit: Die Amtshandlung ist rechtmässig, solange sie der Beamte für gesetzmässig hält.

3. Der Standpunkt der Amtspfichtmässigkeit: Ohne Rücksicht auf den guten oder schlechten Glauben des Beamten ist die Handlung rechtmässig, sobald sie der konkreten Amtspflicht entspricht.

4. Der Standpunkt der objektiven Rechtmässigkeit oder der Gesetzmässigkeit (im Gegensatz zu 3): Die Handlung muss, um rechtmässig zu sein, objektiv allen gesetzlichen Erfordernissen entsprechen.

Zu 1. Der Standpunkt der absoluten Rechtmässigkeit der Amtshandlung wird im geltenden Recht nicht mehr vertreten; ihn verteidigten mit geringen Einschränkungen in der Literatur vor Geltung des Reichs-Strafgesetzbuches, Jagemann, Gönner und Luden. (S. v. Streit § 9.) Dadurch dass das Reichs-Strafgesetzbuch die rechtmässige Amtsausübung ausdrücklich hervorhebt, will es sie von der unrechtmässigen scheiden.

In diesem Zusammenhang mag auch die Ansicht Erwähnung finden, die Amtshandlung habe aus tatsächlichen Gründen die Vermutung der Legalität für sich (Neumann, S. 227, Schwarze, Nr. 16, Oppenhof, Nr. 24 zu § 113). Sie ist grundfalsch. Eine Ausnahme von der allgemein gültigen Beweispflicht der staatlichen Organe kann nur dann aufgestellt werden, wenn das Gesetz es mit ausdrücklichen Worten vorschreibt, und da es hier nicht geschehen ist, so kann man die Präsumption der Rechtmässigkeit der Amtshandlung auch nicht aus der

Natur der Sache folgern. In der Praxis wird dieser Grundsatz auch nicht anerkannt, sondern vor allem prüft der Richter ex officio die objektiven Voraussetzungen der Straffälligkeit, und eine dieser Voraussetzungen ist die Rechtmässigkeit der Amtsausübung; dem Angeklagten liegt nicht etwa der Beweis der Unrechtmässigkeit der Amtshandlung als Exkulpationsbeweis ob[14]. (S. Gugenheimer S. 32.)

Zu 2) Die Theorie der subjektiven Rechtmässigkeit wird nur noch von Staatsrechtslehrer[15] vertreten. Nach ihr ist die Vollstreckungshandlung als eine rechtswidrige nur dann anzusehen, wenn dem Beamten eine wissentliche Amtsüberschreitung zur Last fällt, oder ihm infolge grober Fahrlässigkeit ihre Unrechtmässigkeit unbekannt geblieben ist, « wenn nachgewiesen ist, dass die Beamten mit rechtswidriger Arglist oder Fahrlässigkeit gehandelt haben » (Dock, S. 245). Oppenhof schloss sich ihr für § 89 des Preussischen Strafgesetzbuchs an; für § 113 Reichs-Strafgesetzbuch hat er sie jedoch mit Rücksicht auf die Aenderung der Fassung nicht mehr aufrecht erhalten.

In der Strafrechtslehre findet diese Ansicht mit Recht keine Berücksichtigung, weil sie einerseits mit der Theorie des Notwehrrechts unvereinbar ist (der schuldhafte Angriff ist nicht Voraussetzung für seine Zulässigkeit, a. A. Guggenheimer, S. 16), und weil auch das Widerstandsrecht nicht von einem inneren, dritten Personen nicht erkennbaren Gedankengang abhängig gemacht werden kann. Treffend bemerkt das Reichsgericht in E. Bd. 26, S. 249: « Das objektive Rechtswidrige kann durch die subjektive Meinung des Handelnden nicht zu einem dem Rechte entsprechenden werden »; und

---

[14] Es ist auch von Streit, S. 97, zu widersprechen, wenn er behauptet, das Gericht dürfe nicht in jedem Falle die Rechtmässigkeit prüfen, sondern sei oft an die Entscheidung der Verwaltungsbehörde gebunden; die Tatsache, dass der Strafanspruch bedingt ist durch eine öffentlich-rechtliche Vorfrage entzieht die Entscheidung nicht dem Gerichte.

[15] Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 361; Dock im Arch. f. öff. R., Bd. XVI, S. 245 fg..

andrerseits kann auch das objektiv Rechtmässige durch den bösen Glauben des Beamten nicht zum Rechtswidrigen werden [16]. Diese beiden Sätze, die sich gegenseitig ergänzen, und von denen der zweite durch die Literatur nicht beachtet wird, sind von ausschlaggebender Bedeutung. Der gute Glaube des Beamten ist weder erforderlich noch genügend. Verhaftet ein Polizeibeamter jemanden aus purer Rachsucht, und ergeben spätere Ermittelungen, dass diese Person steckbrieflich verfolgt war, so ist der gegen die Verhaftung geleistete Widerstand nach § 113 strafbar. Eine andere Frage ist dann die, ob der Beamte nicht disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden kann. Dieser Gesichtspunkt scheidet jedoch aus und ist für die Zulässigkeit des Widerstandsrechts irrelevant, da das Verhältnis von Staatsorgan zu Bürger, nicht dasjenige von untergeordnetem zu übergeordneten Beamten in Frage steht. So wenig die Straflosigkeit des sich Widersetzenden von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beamten abhängig gemacht werden kann, so wenig die Strafbarkeit von seiner strafrechtlichen Unverantwortlichkeit. Dienst- und Rechtspflicht trennen sich.

Zu 3. Wir gelangen nun zur herrschenden Ansicht, der Theorie der Amtspflichtmässigkeit. Das Prinzip geht dahin, die pflichtgemässe Amtsausübung, und nur sie ist die rechtmässige. Begründet wurde sie von Bolze im Archiv für Strafrecht Band XXIII, S. 389 ff., und seiner scharfen Argumentation verdankt sie ihre herrschende Stellung [17]. Er führt folgendes aus: Im § 113 ist nicht die Rede von der rechtmässigen Ausübung der Staatsgewalt, auch nicht davon, dass Urteile der Gerichte rechtmässig erlassen werden, Befehle der Verwaltungsbehörden rechtmässig getroffen werden oder Gesetze

---

[16] S. a. Olshausen, S. 460, Nr. 16.

[17] R. G. E., Bd. II, S. 411; Bd. XXVI, S. 22; Bd. VI, S. 400; Hälschner, Lehrbuch, Bd. II, S. 810; Meves in H. H., Bd. IV, S. 309; Rüd.-Stenglein § 113, Nr. 8; Freund, Archiv für öff. R., Bd. I, S. 133; Olshausen, S. 435/36; v. Calker, S. 44; Pfeifer, S. 42; Flesch, S. 68 ff; Borchardt, S. 62 ff.; Kleinfeller, Vergl. Darst. Allg. T., Bd. I, S. 289; Thomson, Bes. T. Lehrb., S. 232; v. Kallina, S. 60; Lukas, S. 242; Liszt, S. 570.

rechtmässig zu Stande gekommen sind, sondern davon, dass jener Beamte sein Amt rechtmässig ausübt. Diese Ausübung beginnt erst, nachdem Urteile, Befehle und Gesetze zu Stande gekommen sind, an dem, wie sie zu Stande kommen, ist der Vollstreckungkbeamte regelmässig ganz unschuldig. Mag die Staatsgewalt durch Anwendung rechtsungültiger Gesetze unrechtmässig ausgeübt werden, die Beamten üben ihr Amt rechtmässig aus, wenn sie die gehörig verkündeten Gesetze zur Anwendung bringen. Was rechtmässig ist, könne darum nicht von dem Verhältnis der einheitlichen Staatsgewalt aus zu den Untertanen, sondern allein von Standpunkte des Amtes und seiner Obliegenheiten beurteilt werden.»

Zweck der Theorie ist es, den Beamten, der redlich seine Pflicht erfüllt hat, nicht schuldlos dem Widerstand preiszugeben.

Darum wird auch die Rechtmässigkeit der Amtshandlungen aus eigener Initiative anders beurteilt, als die derjenigen auf Befehl[18].

a) Beim Einschreiten auf eigene Initiative werden zwei Fälle geschieden:

Kommt es für die Rechtsgültigkeit der Amtshandlung auf das tatsächliche Vorliegen gewisser Voraussetzungen an, so müssen diese objektiv erfüllt sein; ist der Beamte in entschuldbarem Irrtum eingeschritten so trägt er die Gefahr; der Widerstand ist straflos. Die falsche, rechtliche Beurteilung der Lage lässt die Rechtswidrigkeit bestehen.

Genügt es dagegen, dass der Beamte das Vorliegen gewisser Voraussetzungen angenommen hat, so besteht die Rechtsgültigkeit der Amtshandlung schon dann, wenn er auf Grund pflichtgemässen Ermessens zu ihrer Annahme gelangt ist. Die Handlung bleibt rechtmässig, auch wenn es sich später herausstellen sollte, dass die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen haben (so insbes. R. G. E. Bd. VII, S. 400). Die Rechtmässigkeit deckt sich nicht mit der materiellen Richtigkeit. Pflichtwidrig ist die materiell ungerechtfertigte Amtshandlung nur bei Arglist und grober Fahr-

[18] In dieser Beziehung a. A. Goldschmidt (s. o.), der sich aber im übrigen der Begründung anschliesst.

lässigkeit (so R. G. E. Bd. 16, S. 22, Bolze S. 394, Olshausen zu § 113 Nr. 24). Durch leichte Fahrlässigkeit hingegen wird die Rechtmässigkeit der Amtshandlung nicht beeinträchtigt; hier wird das pflichtgemässe Ermessen als vorliegend angnommen, und der Widerstand ist trotz der Grundlosigkeit der Handlung strafbar.

Die angeführte Scheidung ergibt den bekannten Satz: durch Rechtsirrtum des einschreitenden Beamten verliert die Amtshandlung ihre Rechtsmässigkeit, der Tatirrtum lässt sie dagegen bestehen. Wir stossen hier auf die vielangefochtene Irrtumslehre des Reichsgerichts.

b) Nach andern Gesichtspunkten richtet sich die Rechtmässigkeit der auf Befehl ausgeführten Vollstreckungshandlung. Man unterscheidet: Ist der Beamte verpflichtet den Auftrag auf seine Gesetzmässigkeit zu prüfen, so entscheidet die objektive Rechtsmässigkeit, d. h. ist der Befehl rechtswidrig, so handelt der Beamte auf eigene Gefahr. Meist wird ihm jedoch diese Prüfung entzogen, sie wird oft undurchführbar sein. Trotzdem darf er nicht blindlings vollstrecken. Die Rechtsmässigkeit der Amtsausübung hängt dann davon ab (s. Laband, Bd. I, S. 434, Flesch, S. 74, Borchardt S. 62, Freund, S. 133):

1. dass er selbst örtlich und sachlich kompetent ist, die fragliche Handlung vorzunehmen;

2. dass der Befehlende die örtliche und sachliche Zuständigkeit besitzt[19] (keine konkrete, sondern allgemeine Zuständigkeit);

3. dass der Befehl in der vorgeschriebenen Form erlassen ist.

Enthält jedoch die Anordnung die Aufforderung zu einer strafbaren Handlung, so ist der Untergebene niemals verpflichtet, sie auszuführen. Im übrigen hat der Vollstreckungsbeamte die Rechtsmässigkeit des Befehls, d. h. die materielle Begründetheit nicht zu prüfen, und insoweit ist seine Amtshandlung rechtmässig, selbst wenn sie einen groben Verstoss gegen das materielle Recht zum Inhalt hätte; so R. G. E.

[19] Lukas, S. 242 fg., verlangt nicht einmal Zuständigkeit des Vorgesetzten; doch in diesem Falle bona fides des Untergebenen.

Bd. II, S. 411[20], van Calker, S. 44 und die oben zitierte Literatur.

Kritik der Theorie:

Sie ist vor allem unnötig: Sie will beweisen, dass der Beamte, der pflichtgemäss einen Dienstbefehl ausführt, nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Dies folgt jedoch schon aus anderen Gründen (Schuldausschliessungsgrund, mittelbare Täterschaft).

Sie ist nicht präzis. Sie vermengt zwei Fragen miteinander, nämlich die der Strafbarkeit des sich widersetzenden Dritten, und die der strafrechtlichen, wie disziplinarischen Verantwortlichkeit des Beamten. Das innere Verhältnis zwischen dem Vorgesetzten und dem Untergebenen kann niemals die Reflexwirkung besitzen, dass dem unbeteiligten Dritten ein verfassungsmässiges Recht verkümmert wird.

Sie ist logisch nicht genau. Denn nach ihr wandelt sich der rechtswidrige Befehl in eine rechtmässige Vollstreckungshandlung um. Derartige Modifikationen der Betrachtungsweise könnten sich aber nur bei der Schuldfrage ergeben, wo das Kriterium bewusste Normwidrigkeit, also auch eine gedankliche Tätigkeit bildet, für die Rechtswidrigkeit, wo es nur auf objektive Umstände, nicht auf subjektives Denken ankommt, sind sie undenkbar. Denn die Rechtsmässigkeit steht als allgemeines Tatbestandsmerkmal im Tatbestand der Widersetzung. Entweder besteht die Rechtswidrigkeit bei ein- und derselben Handlung für konkretisierendes und exekutierendes Organ, oder sie besteht überhaupt nicht. Die Vorkämpfer der Theorie sind uns die Antwort schuldig geblieben, wann die Metamorphose eintritt, wann die Kette der Rechtswidrigkeit unterbrochen wird; etwa in dem Augenblick, in welchem der Vorgesetzte den Befehl erteilt oder dann, wenn der Untergebene ihn vernimmt, oder wenn

---

[20] « Deshalb hat auch die Judikatur an dem Prinzip festgehalten, dass die Rechtmässigkeit der Amtsausübung bei Vollstreckung einer höheren Anordnung so wenig wie durch die Angemessenheit, Zweckmässigkeit und Opportunität, ebenso auch nicht durch die Gesetzlichkeit im Einzelfall bedingt sei. » R. G. E., Bd. II, S. 411.

er den Ausführungsentschluss fasst (also im Momente der geistigen Verarbeitung), oder vielleicht erst, wenn er zur Ausführung schreitet? An der Unmöglichkeit, einen solchen Zeitpunkt zu fixieren, scheitert die Theorie. Die Verpflichtung des Untergebenen, dem Befehle zu folgen, kann die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht aufheben[21]. « Das Erfordernis der Rechtmässigkeit steht als einheitliches Moment im Tatbestande der Widersetzung, und unter Amtsausübung ist nicht nur die Vollstreckung, nicht nur die Betätigung als solche, sondern die Betätigung der Staatsgewalt in ihren begrifflichen Bestandteilen gemeint ». « Was in seinem Grunde Unrecht ist, kann nicht dadurch Recht werden, dass es ein anderer ausübt » (v. Kirchenheim).

Einer gesonderten Betrachtung und Widerlegung bedürfen auch hier wieder die Ausführungen Goldschmidt's, der, wie wir oben gesehen haben, zwar nicht zu den Vertretern der Theorie der Amtspflichtmässigkeit gehört, aber doch ihre Ansicht durch einige neuartige Argumente unterstützt. Er verweist auf folgende Gesichtspunkte (Ung. Vollstr. S. 46): « Aber hier handelt es sich um die Frage, ob der Vollstreckungsbeamte selbst rechtswidrig handelt, und diese Frage ist doch nicht um deswillen schon zu bejahen, weil ein anderer durch ihn rechtswidrig handelt. Sonst müsste auch aus der blossen Tatsache, dass der ohne materiellen Grund die Vollstreckung betreibende Gläubiger, eine Bestrafung oder Verhaftung veranlassende Zeuge rechtswidrig handelt, auf die Rechtswidrigkeit des Handelns der Vollstreckungsorgane geschlossen werden. Gerade diese Ansicht teilt aber für den Fall pflichtgemässen Handelns der zur Entscheidung berufenen Staatsorgane keiner der gegnerischen Autoren. » Gewiss nicht, und so hat diese Argumentation Goldschmidt's auf den ersten Blick etwas

---

[21] S. Binding, Handbuch S. 743» « es ist unleugbar, dass die Massregel des höheren Organs der Amtsgewalt ihre Widerrechtlichkeit nicht durch die Dienstpragmatik für den dadurch Betroffenen verlieren kann. » Und dass ein rechtswidriger Befehl niemals verbindlich sein kann, hat M. E. Mayer in seiner Schrift « Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten » nachgewiesen.

Bestechendes, das Beispiel scheint durchschlagend. Aber Goldschmidt übersieht — und daran scheitert die Parallele —, dass hier überhaupt nicht ein- und dieselbe Handlung in Frage steht, dass eine Identität der Handlung überhaupt nicht vorliegt. Denn die Amtshandlung kann erst mit der Tätigkeit eines Staatsorgans beginnen, und ihre Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit wird erst durch die Konkretisierung eines dieser staatlichen Organe in Lauf gesetzt. Im angeführten Beispiel wird sozusagen der Kausalzusammenhang durch die Entscheidung des Gerichts unterbrochen, oder besser die Kette beginnt erst mit seiner Tätigkeit. Der Staat kann einen Strafrechtsanspruch gegen den meineidigen Zeugen haben, der Verletzte einen privatrechtlichen auf Schadenersatz. Dies hat aber mit der anderen Frage nichts zu tun, ob die Amtshandlung eine rechtmässige ist, ob die Konkretisierung der Gesetzesbestimmung eine einwandfreie war[22]. Denn erst von diesem Zeitpunkt an kann von einer Amtshandlung überhaupt die Rede sein und kann auch ihre Rechtmässigkeit in Frage gestellt werden. Hat sie aber erst einmal ihre Qualität erhalten, so verliert sie dieselbe durch spätere subjektive Momente eines anderen Staatsorganes nicht mehr.

Goldschmidt führt dann weiter an (Ung. Vollstr. S. 77 und 78): « Der rechtswidrige Dienstbefehl als solcher kann natürlich, schon weil er blosser Dienstbefehl ist, weder ein staatliches, noch ein organschaftliches Vollstreckungsrecht gegen den Untertan begründen. » Nein, nicht etwa weil er Dienstbefehl ist, sondern weil er rechtswidrig ist! Dies erhellt schon daraus, dass der rechtmässige Dienstbefehl, wenn auch Dienstbefehl, ein Vollstreckungsrecht begründet[23]. Und er fährt fort: « Aber die auf Grund des bindenden Dienstbefehls erfolgende tatsächliche Vornahme der Vollstreckungsmassregel durch den zuständigen Beamten in der vorbeschriebenen Form begründet zugleich für den Beamten, wie für den Staat das Recht, die dem Staat gegenüber pflicht-, und daher auch rechtmässige Amtsausübung des Beamten bis zur erfolgten

---

[22] Darüber weiter unten.

[23] S. die Aufzählungen im § 113: « Anordnungen und Befehle der Verwaltungsbehörden. »

Remedur[24] als rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt auch seitens des Untertans respektiert zu sehen.» Das ist aber eben das Bestrittene, das bewiesen werden soll, und es ist unverständlich, wie Goldschmidt die Schlussfolgerung als Untersatz einstellen kann.

Nun gelangt Goldschmidt zu seinem Hauptargument: «Ein solches publizistisches, im Vollstreckungsbeamten verkörpertes Recht des Staats auf vorläufige Achtung einer sich äusserlich als eine rechtmässige darstellende Ausübung seiner Gewalt lässt sich mit dem privatrechtlichen Recht des Besitzes vergleichen (jus possessionis), welches im Interesse des Rechtsfriedens ganz unabhängig vom Recht zum Besitze besteht (jus possidendi). Wie das private Recht des Besitzes auf der tatsächlichen Gewalt des Individiums über die Sache beruht, so beruht das in dem selbständigen Recht des Vollstreckungsbeamten verkörperte, publizistische Besitzrecht des Staats auf der tatsächlichen Gewalt des Staats über seine Untertanen. Man kann dieses staatliche Recht in Anknüpfung an die privatrechtlichen Besitzparallelen bezeichnen als Recht der Vollstreckung (jus executionis) im Gegensatz zu dem — im vorliegenden Falle ja fehlenden — staatlichen Recht zur Vollstreckung (jus exequendi).»

Wie verfehlt eine derartige Analogie aus privatrechtlichen Verhältnissen ist, ergibt schon eine einfache Erwägung: Der sogenannte Besitzschutz beruht auf einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift[25], und ist dem Gedanken entsprungen, dass ja eine fehlerhafte Rechtslage im Wege der Klage durch bessere Legitimation immer leicht zu beseitigen ist. Im Privatrecht besteht zum Ausgleich gegen das Vollrecht des Eigentums mit seinen strengeren Rechtswirkungen das Minderrecht des Besitzes. Im Strafrecht hingegen, das als jus strictum geschaffen ist, kann es sich nur darum handeln, was Recht oder Unrecht, was strafbar oder freigegeben ist. Eine Vermutung der Rechtmässigkeit, die durch späteren Nachweis wieder umgestossen werden kann, und dann die von Anfang

---

[24] Hier ein Anklang an die Theorie über die Unersetzlichkeit des bedrohten Guts.

[25] §§ 858 ff. B. G. B.

an fehlerhafte Rechtslage nicht mehr deckt — darauf läuft die Theorie Goldschmidt hinaus —, kann nicht anerkannt werden. Es fehlt vor allem die ausdrückliche Gesetzesbestimmung. Und wie kann die erfolgte, rechtswidrige Vollstreckung, der Eingriff in die persönliche Freiheit pro non facto gemacht werden? Doch nicht etwa durch die Entschädigungsklage im Wege des Privatrechts gegen das öffentliche Unrecht. Sie bildet doch keinen Ausgleich. Es wird eben übersehen, dass im Privatrecht der Gegenstand selbst wieder zu beschaffen ist; wäre immer nur ein Surrogat zu erlangen gewesen, so wäre eine derartige Bestimmung auch für das Privatrecht wohl nicht geschaffen worden. Im Strafrecht, wo eine rei vindicatio nicht besteht, kann eine derartige Begriffsformulierung nicht aufgestellt werden. Denn jus executionis und jus exequendi fallen zusammen, wenn der Eingriff rechtsmässig ist; bei Rechtswidrigkeit liegt überhaupt kein jus vor. Beide Male ist staatlicher Eingriff vorhanden, nur ist der eine eben erlaubt, der andere verboten, und der Widerstand gegen ihn freigegeben. Aus diesem Grunde können auch die Darlegungen Goldschmidt's nicht zu einem andern Resultat führen.

Zum Schluss verweisen wir noch auf die Ausführungen M. E. Mayer's (Festschr. S. 134), die in ihrer knappen und präzisen Form bisher keinerlei Anfechtung erfahren haben, und die den inneren Grund vor Augen führen, der die Rechtswidrigkeit des Einschreitens auch des in gutem Glauben auf Dienstbefehl vollstreckenden Beamten bestehen lässt: « In der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten liegt das entscheidende Argument für die Rechtswidrigkeit der auf rechtswidrigen Befehl beruhenden Vollstreckungshandlung. Dass der Untergebene von der Verantwortung freibleibt, ist denkbar. Undenkbar jedoch, dass auch der Vorgesetzte die Tat nicht zu vertreten hat. » Der Beamte wird meist das Werkzeug sein, dessen sich die Behörde zur Ausführung der unerlaubten Handlung bedient.

Wir sehen also, dass wir hier den Satz anwenden können: quod ab initio vitiosum est, ex post facto convalescere nequit.

Nach Ablehnung der übrigen Theorien kann nur die Theorie der objektiven Rechtmässigkeit die richtige sein; der Nachweis hierfür soll im folgenden Abschnitt erbracht werden.

II. Die Theorie der objektiven Rechtmässigkeit[1].

§ 5. 1.) Die gesetzestechnische Bedeutung der Fassung des Paragraphen.

Die Fassung des § 113 berührt auf den ersten Blick etwas eigenartig; sie ist eine andere als die gewohnte, und zwar aus dem Grunde, weil hier z w e i Handlungen erwähnt werden. Sonst begnügt sich das Gesetz mit den Worten: Wer das und das tut (z. B. tötet), wird bestraft. Es erwähnt also nur eine, die Ausführungshandlung, oder, wie wir sie hier nennen wollen, die Täterhandlung. § 113 spricht jedoch noch von einer zweiten Handlung, der Beamtenhandlung oder Vollstreckungshandlung .Von diesen beiden wird die eine durch die andere ausgelöst; sie wirken einander entgegen und stossen aufeinander zu:

Handlung A Handlung B.

Die zweite Handlung nun, die Vollstreckungstätigkeit, ist nicht rechtswidrig, obwohl durch sie ein Rechtsgut verletzt wird, weil durch das Gesetz geboten[2]. Die erste jedoch, die

---

[1] Vertreter Meyer-Allfeld, S. 640, Binding Lehrb. Bd. II, S. 771; Eberhardt, S. 49; Frank, S. 233; Guggenheimer, S. 9; John, in H.H., Bd. III, S. 119; v. Kirchheim, S. 195; M. E. Mayer, Festchr., S. 147; v. Streit, S. 100; Neumann, in Gold. Arch., Bd. XXII, S. 223; Mersmann, S. 112; v. Bar, Bd III, S. 171 ff.

[2] Graf zu Dohna, S. 134, scheint den Grund des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit mit der ratio legis zu verwechseln; er bemerkt: « Das Verhältnis stellt sich richtig nicht so dar, dass die Verletzung rechtmässig, weil sie der Staat erlaubt, sondern deshalb erlaubt, ja fordert der Staat den Eingriff, weil er hierin, nach Lage der Dinge das rechte Mittel für die Erreichung seiner über die Individualinteressen hinausreichenden, auf das Wohl der Gesamtheit gerichteten Zwecke erblickt. » (Wohl etwas pathetisch für die Mehrzahl der Vollstreckungshandlungen, die Privatpfändungen sind.) Nicht in den subjektiven Belieben des Gesetzgebers, sondern in der « objektiv begründeten Richtigkeit seiner Willenskundgebung liegt die i n n e r e Berechtigung. » (Hier wird die ratio legis hervorgehoben.)

Wenn wir den Gedankengang Dohna's richtig verstanden haben, soll hier betont werden, dass § 113 kein singuläres, sondern Regelrecht

Täterhandlung, ist rechtswidrig und strafbar, sobald sich die zweite in den gesetzlichen Grenzen bewegt. Ist dies nicht der Fall, so ist sie rechtmässig. Wir können darum folgende Formel aufstellen:

Ist die Handlung A rechtmässig, so ist die Handlung B rechtswidrig.

Ist die Handlung A rechtswidrig, so ist die Handlung B rechtmässig.

Mit anderen Worten: Nimmt man das Merkmal der Rechtmässigkeit der Beamtenhandlung in den gesetzlichen Tatbestand auf, so ergibt sich hierdurch als Reflexwirkung die Rechtswidrigkeit der Täterhandlung von selbst, und die besondere Hervorhebung des Merkmals der Rechtswidrigkeit wird überflüssig, oder umgekehrt, nimmt man das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Täterhandlung in den gesetzlichen Tatbestand auf, so ergibt sich die Rechtmässigkeit der Beamtenhandlung von selbst, d. h. die Rechtmässigkeit der Beamtenhandlung ist lediglich die Kehrseite der Rechtswidrigkeit der Täterhandlung. Der Gesetzgeber hätte demnach den § 113 auch folgendermassen formulieren können: « Wer einen Beamten, der zur Vollstreckung von . . . . . berufen ist, in der Ausübung seines Amtes durch Gewalt . . . . . in rechtswidriger Weise Widerstand leistet, wird bestraft.

Die Bezeichnung « Rechtmässig » im § 113 entspricht darum dem Ausdruck «'Rechtswidrig » in anderen Paragraphen des Gesetzes. Es steht darum fest, dass es dem Gesetzgeber im § 113 nur darum zu tun war, das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Täterhandlung ausdrücklich in den gesetzlichen Tatbestand aufzunehmen.

Dieser besonderen Betonung oder Hervorhebung der Rechtswidrigkeit der Ausführungshandlung hätte es eigentlich nicht bedurft. Denn wie bei allen gesetzlichen Tatbeständen muss auch hier, bevor zur Prüfung der Schuldfrage über-

---

enthalte; dadurch, dass das Gesetz das minderwertige Interesse des Einzelnen dem mehrwertigen der Gesamtheit (auf Rechtsverwirklichung) opfere, folge es den allgemeinen Prinzipien des Strafgesetzbuches.

gegangen wird, die Rechtswidrigkeit der Handlung als allgemeines Tatbestandsmerkmal festgestellt sein.

Das Wort « rechtmässig » im § 113 besagt darum nichts Besonderes und wäre strikte entbehrlich gewesen[3]. Das Gesetz macht nur durch seine Aufnahme im Tatbestand dem Richter es zur besonderen Pflicht, der Frage der Rechtswidrigkeit seine erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen, sie in Urteilsgründen ausdrücklich festzustellen.

Bisher ist in der Literatur auf diese ganz naheliegenden Erwägungen noch nicht hingewiesen worden. Ja sogar, die Mehrzahl der Autoren leugnen überhaupt die Berechtigung der Formel Rechtmässigkeit der Beamtenhandlung gleich Rechtswidrigkeit der Täterhandlung, und nur einige wenige gelangen von andern Gesichtspunkten aus zur selben Schlussfolgerung. Kirchenhein (S. 193) geht davon aus, dass das Amt ein objektiver Begriff sei; nur die gesetzlich vorgeschriebenen und zulässigen Handlungen fielen unter den Amtsbegriff; seien die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, so befinde sich die Staatsgewalt nur in scheinbarer Betätigung, und der Widerstand richte sich dann nicht gegen die Staatsgewalt als solche, sondern gegen deren falschen Träger als Privatperson, also gegen einen rechtwidrigen Eingriff, und Binding[4] formuliert denselben Gedanken in den Satz, die Staatsgewalt wolle nur innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen als solche gelten, in unserem konstitutionnellen Staate sei sie eine Rechtsgewalt.

Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, dass auch bei nicht rechtmässigen Handlungen das Amt oft, ja meist nur die Basis bildet, auf der die Handlungen vorgenommen werden können; es liegt zwar ein Missbrauch des Amtes vor, trotzdem kann und muss man von einer Amtshandlung sprechen. Ja der Eingriff wird oft nur kraft der Beamteneigenschaft möglich sein! Und warum hätte das

---

[3] Vergl. hierzu den Art. 209 des Code pénal v. 1810, der das Merkmal der Rechtmässigkeit der Amtsausübung nicht ausdrücklich hervorhebt; trotzdem gewährt die herrschende Ansicht nur der rechtmässigen Amtsausübung der Strafschutz (s. Garraud, Traité Bd. III, S. 523 fg.).

[4] Handbuch, S. 741.

Gesetz die Amtsdelikte geschaffen, wenn es solche Betätigungen nicht als Amtshandlungen betrachtete?

M. E. Mayer[5] geht einen anderen Weg; er vergleicht das Widerstansrecht mit dem Notwehrrecht und weisst nach, dass beide identisch sind, dass somit der Widerstand gegen die rechtswidrige Ausübung des Amts eine Notwehrhandlung ist; die Rechtmässigkeit der Amtsausübung entspreche darum der Rechtswidrigkeit bei der Notwehr[6].

Diese Begründung M. E. Mayer's ist einwandfrei und wertvoll; sie hat aber in der Literatur ziemlich heftigen Widerspruch gefunden[7]. Deshalb ist es nicht unzweckmässig, einen anderen, von Notwehrgrundsätzen unabhängigen Weg einzuschlagen, und ihn den weiteren Erörterungen zu Grunde zu legen.

§ 6. 2.) Das Verhältnis von Widerstandsrecht zu Notwehrrecht.

Wir haben oben den Satz geprägt: Der Widerstand ist nur strafbar, falls er in r e c h t s w i d r i g e r W e i s e erfolgt. Die Rechtswidrigkeit einer Handlung ist nun nach gemeiner Lehre dann ausgeschlossen, wenn sie in Notwehr erfolgt. Das Verhältnis von Widerstandsrecht zu Notwehrrecht ist darum zu erörtern.

Zunächst wird bestritten, dass der § 113 ein Widerstands-r e c h t gegen die unrechtmässige Amtsausübung normiert. So behauptet Mersmann S. 38, von einem Widerstandsrecht sei in § 113 nicht die Rede. Es ist jedoch unklar, wie er sonst die in § 113 dem Untertanen eingeräumte Befugnis der Widersetzung gegen rechtswidrige Amtshandlungen bezeichnen will. Denn darüber kann kein Zweifel herrschen, dass § 113 eine derartige Befugnis oder Ermächtigung enthält. Wenn das Gesetz aufstellt der Widerstand gegen rechtmässige Amtshandlungen, und nur dieser ist strafbar, so ist die Kehrseite dieses Satzes der Widerstand gegen rechtswidrige ist erlaubt,

---

[5] Vergl. Darst, S. 443.

[6] Vergl. den folgenden Paragraphen der Abhandlung.

[7] S. darüber weiter unten, insbes. S. 43 fg.

und damit ist eine Befugnis, eine Ermächtigung oder technischer ausgedrückt, ein Recht normiert[1], [2]. Der § 113 enthält eine Kompetenzabgrenzung der Rechte der Staatsbürger gegenüber den Rechten der Beamten.

Auch über den Umfang des Widerstandsrechts gegenüber dem Notwehrrecht herrscht Streit; meist wird ersteres in beschränkterem Masse zugelassen. Wir verweisen hier auf unsere Ausführungen in § 4 der Abhandlung, die eine eingehende Widerlegung dieser Theorien enthalten, und rekapitulieren nur kurz der Prägnanz wegen die Ergebnisse.

Unzutreffend ist die Behauptung, die Zulässigkeit des Widerstandsrechts hänge von der Unersetzlichkeit des drohenden Schadens oder davon ab, dass das Unrecht ein offenbares sei. Auch davon kann nicht die Rede sein, dass das Widerstandsrecht nur bei wissentlich rechtswidrigem Einschreiten des Beamten begründet ist. Schuldhaftigkeit[3] und Rechtswidrigkeit sind streng zu scheiden.

Ebenso ist die Ansicht zu verwerfen, gegen den rechtswidrig, aber pflichtgemäss einschreitenden Beamten sei das Widerstandsrecht ausgeschlossen. Der § 113 identifiziert keineswegs die Begriffe « Rechtswidrig » und « Pflichtwidrig ». Die Vertreter dieser Theorie gelangen zu der unhaltbaren Konsequenz, dass in einem rechtmässigen Eingriff des Beamten ein rechtswidriger Angriff verkörpert sein

---

[1] Derselben Ansicht sind v. Streit, S. 16 fg.; M. E. Mayer, Vergl. Darst, S. 443 fg.; Binding, Bd. II, S. 778; Kirchenhein, S. 201; Hiller, § 11; Frank, S. 224.

[2] Mersmann gerät auch mit seinen eigenen Aufstellungen in Widerspruch durch die Worte (S. 55): « Er (der Staatsbürger) hat auch vom Gesetzgeber die Zusage erhalten, wenn jene bestimmten Voraussetzungen vorliegen, nur wenn sie vorliegen, soll die Vollstreckung geschehen », mit anderen Worten, wenn sie nicht vorliegen, besteht ein Recht, sich der Vollstreckung mit Gewalt zu erwehren.

[3] Deshalb weil er die Notwehr nur bei schuldhaft rechtswidrigem Angriff zulässt, fasst Guggenheimer das Widerstandsrecht als ein Mittelding zwischen Notwehr und Nicht-Notwehr auf; er kann darum nicht als Gegner unserer Ansicht gelten.

kann (so Bolze, S. 395[4], Pfeiffer, S. 52[5]), und so ist das Ungeheuerliche möglich, dass trotz Berechtigung der Notwehr eine Bestrafung aus § 113 eintritt. Diese Schlussfolgerung beweist die logische Unmöglichkeit der Theorie[6], [7].

Unrichtig ist auch die Ansicht, nur wenn der Beamte unter Ueberschreitung seiner Zuständigkeit oder Nichtachtung wesentlicher Formen einschreite, sei das Widerstandsrecht begründet.

Erst recht verfehlt ist die Behauptung, das Notwehrrecht sei nur für Privatrechtsverhältnisse, nur für Bürger gegen Bürger, nicht für Untertanen gegen Staatsgewalt geschaffen. § 53 erlaubt die Verteidigung gegen rechtswidrige Angriffe, gleichviel von wem sie ausgehn. Eine Beschränkung hinsichtlich der Person des Angreifers ist nicht normiert.

Andererseits ist auch das Widerstandsrecht nicht ausgedehnter als das Notwehrrecht. Dieser Punkt ist einer der wenigen, der in der Literatur unwidersprochen geblieben ist, und es wäre müssig einen unbestrittenen Satz noch erst zu Beweis zu stellen. Eine eingehende Zurückweisung der Einwände, die eventuell noch vorgebracht werden könnten, findet sich bei M. E. Mayer (Vergl. Darst, S. 444.)

Binding Bd. II, S. 778, erwähnt einen einzigen[8] Fall der

---

[4] « Der Letztere (gemeint ist der Beamte), kann in rechtmässiger Ausübung seines Amtes begriffen sein, und diese Ausübung kann für den Staatsangehörigen ein objektiv rechtwidriger Angriff auf ein wichtiges und unersetzliches Gut sein. »

[5] « In beiden Fällen ist der Angriff des Beamten rechtswidrig, wenn auch die Ausübung seines Amts eine rechtsmässige ist. »

[6] Graf zu Dohna, S. 136, scheidet nicht genügend bezüglich ihrer Wirkungen nach aussen die rechtswidrige und die pflichtwidrige Handlung. Die pflichtwidrige Amtsführung bedingt kein rechtswidriges Verhalten dem Bürger gegenüber, wird also oft kein Widestandsrecht entstehen lassen, während sie trotzdem disziplinarischer Ahndung unterworfen ist. Die auf dieser Grundlage (pflichtwidrig gleich rechtwidrig), S. 140, deduzierte Einschränkung des Notwehrrechts ist darum gegenstandslos.

[7] v. Streit scheint seine Behauptung (S. 18, 19), einer Einschränkung des Widerstandsrechts eher als einen Vorschlag de lege ferenda, als zur Interpretation des geltenden Rechts aufzustellen.

[8] M. E. Mayer (Vergl. Darst), S. 445, führt noch einen zweiten an,

als eine Erweiterung des Widerstandsrechts aufgefasst werden kann: « Bei Vollstreckungen ohne persönliche Spitze, z. B. bei der Ausführung des Auftrags auf Staatsgrund einen öffentlichen Weg abzustecken oder ein umgefallenes Grenzzeichen aufzurichten, gestaltet sich deren Vornahme in nicht rechtsmässiger Ausübung, wenn z. B. der Auftrag nicht von der zuständigen Behörde ausgegangen ist, nicht zum rechtswidrigen Angriff, löst also auch kein Notwehrrecht aus. Diejenigen nun, die den Beamten in rechtswidriger Amtsausübung am Vollzuge hindern, üben kein Widerstandsrecht aus, können aber trotzdem auf Grund des § 113 nicht bestraft werden, sondern nur nach allgemeinen Gesichtspunkten, wegen Bedrohung oder Körperverletzung[9].

Bis auf diese Ausnahme entspricht das Widerstandsrecht genau dem Notwehrrecht, und wir gelangen zu folgendem Resultat:

Voraussetzung des Widerstandsrechts ist ein Angriff. Dieser muss rechtswidrig sein und er muss gegenwärtig sein, d. h. bereits begonnen haben und noch nicht vollendet sein. Die Verteidigung muss sich in den erforderlichen Grenzen halten, d. h. die Gegenwehr darf nicht intensiver sein als die Zurückweisung des Angriffes es verlangt. Der rechtswidrig vorgehende Beamte ist in demselben Masse geschützt wie die rechtswidrig eingreifende Privatperson. Wird aus Furcht oder Schrecken ein Exzess verübt, so bleibt er straflos nach § 53, Absatz III, St. G. B., falls aus anderen Gründen z. B. Rache, so kann zwar nicht auf Grund des § 113, wohl aber aus anderen Gesichtpunkten, z. B. nach § 223 St. G. B., Strafe eintreten. Nochmals betont sei, dass die Zulässigkeit des Widerstandsrechts, wie des Notwehrrechts nicht davon abhängen kann, dass der Beamte schuldhaft gehandelt hat. Insofern der Beamte passiv beteiligt ist, d. h.

---

der aber nicht hierher gerechnet werden kann, weil er wie Mayer ja selbst angibt, derart konstruiert ist, dass niemals ein Widerstandsexzess vorliegen kann.

[9] Befindet sich der Beamte in rechtmässiger Amtsausübung, so hat das lediglich die Wirkung, dass die Strafdrohung des § 113 relevant wird.

insofern ihm Widerstand geleistet wird, ist sein guter Glaube weder erforderlich noch genügend, während insoweit der Beamte aktiv beteiligt ist, d. h. was seine Vollstreckungshandlung anlangt, sein guter bezw. sein schlechter Glaube für seine persönliche Verantwortlichkeit von Bedeutung ist, d. h. disziplinarrechtliche, privatrechtliche, und sogar strafrechtliche Folgen nach sich ziehen kann, sachlich aber das Einschreiten in keiner Weise beeinflusst.

Gegen die Identifizierung des Widerstands- mit dem Notwehrrecht hat sich mit ganz besonderer Schärfe Mersmann, S. 37 ff., gewandt. Er leugnet jeden Zusammenhang zwischen Notwehr- und Widerstandsrecht; § 113 sei völlig unabhängig vom Selbstverteidigungsrecht des § 53 St. G. B. und normiere einen von Notwehrgrundsätzen unabhängigen Deliktstatbestand. Trotz dieser Behauptung stimmt Mersmann in den sachlichen Konsequenzen mit der hier vertretenen Ansicht überein. Dies Resultat macht uns bei seiner prinzipiellen Stellung stutzig, und weist hin auf ein Versagen seiner Theorie. Denn es kommt ganz genau auf das Gleiche hinaus, ob ich nun mit Mersmann S. 39 behaupte, der Widersetzende ist aus § 113 nicht strafbar, weil sich der Beamte in rechtswidriger Amtsausübung befunden hat, er ist w e i t e r aus § 223 nicht strafbar, weil er gegen diesen rechtswidrigen Angriff die erlaubte Verteidigung nicht überschritten hat, oder ob ich einfacher argumentiere, der Widerstand ist nicht strafbar, weil bei der Widersetzung gegen den rechtswidrigen Eingriff kein Exzess verübt wurde. Das Ergebnis ist identisch. Die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz von § 113 und § 223 a St. G. B. wird ja gar nicht verneint. Ein leeres Bestreiten genügt nicht; Mersmann stellt einfach Behauptungen auf, ohne auch nur den Versuch zu machen, ihre Richtigkeit irgendwie nachzuweisen. Zum mindesten hätte er aber an einem praktischen Fall dartun müssen, wie er sich den Unterschied zwischen seiner und der angegriffenen Ansicht denkt. Gerade aber an der Unmöglichkeit einen Fall zu konstruieren, in welchem das Widerstandsrecht berechtigt ist, das Notwehrrecht aber nicht vorliegt, scheitert die Theorie. Denn gegen die Möglichkeit des entgegengesetzten Falles der Berechtigung der Notwehr bei Versagung des Widerstandsrechts wehrt sich ja Mersmann (S. 40) selber. Die Ausführungen

Mersmann's entkräften darum in keiner Weise den Satz, dass Widerstands- und Notwehrrecht identisch sind.

Nur in einem Falle könnte man an die Möglichkeit denken, dass das Notwehrrecht bei Ausschluss des Widerstands begründet ist, dies dann, wenn der Beamte mit der Ausführung einer an und für sich rechtmässigen Vollstreckung ein strafbares, deliktisches Tun verbindet. In Wirklichkeit liegen aber hier zwei getrennte Handlungen vor, die darum auch geeignet sind, zwei von einander unabhängige Notwehrrechte auszulösen, von denen aber nur eines in Kraft tritt.

Einige Autoren neigen zu der Ansicht, dass die gesamte Amtshandlung dadurch zu einer unrechtmässigen werde, und nur ein einziges Notwehrrecht entsteht, welches hier mit dem sogenannten Widerstandsrecht zusammenfiele deshalb, weil sehr oft das strafbare Tun mit der vollstreckenden Tätigkeit zu einer Handlung verknüpft sei [10]. Es ist jedoch richtiger, immer die beiden Handlungen, die rechtmässige Vollstreckungshandlung, und das in ihrem Verlauf verübte Delikt von einander zu trennen. Diese Möglichkeit wird immer vorhanden sein. Gegen das Delikt ist die Notwehr freigegeben. Ob und inwieweit dann auch der gegen die rechtmässige Vollstreckungshandlung gerichtete Widerstand strafbar ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob der deliktische Eingriff so intensiv war, dass seine Abwehr zugleich nur durch einen Eingriff in die Vollstreckungshandlung erfolgen konnte. Dann hat der Angegriffene das Mass der erforderlichen Verteidigung nicht überschritten [11]. Es wird darum immer auf die speziellen Umstände des praktischen Falls ankommen. Dem subjektiven Ermessen ist hier ein grosser Spielraum gelassen.

Angetrunkenheit des einschreitenden Beamten berechtigt, weil es keine strafbare Handlung, sondern nur Pflichtverletzung ist, nicht zum Widerstand. Anders wohl bei Beschimpfungen oder Misshandlungen im Verlaufe einer

---

[10] S. Mersmann, S. 70.

[11] Im Resultat werden darum die beiden Ansichten meist übereinstimmen. Die Modifikation ist nicht eine sehr erhebliche.

Verhaftung. Hier kommt es auf die Schwere derselben an. Jedenfalls kann der Verhaftete sich ihrer erwehren.

Dieselben Gesichtspunkte sind massgebend, wenn eine Ueberschreitung der an und für sich rechtmässigen Amtsausübung stattfindet. So hat das Preussische Obertribunal in Bd. 12, S. 525, den Fall, dass ein Gerichtvollzieher von der Pfändung exekutionsfähiger Sachen zu derjenigen pfandfreier Gegenstände (unentbehrliches Bettwerk) überging, dahin entschieden, dass der gegen letztere Pfändung gerichtete Widerstand straflos bleibt.

Das Reichsgericht hat in E. Bd. 35, S. 182 ff., einen ähnlichen Fall erwähnt und verneint die Rechtmässigkeit der Amtsausübung eines an der Fortbildungsschule angestellten Lehrers nicht schon deswegen, weil er einem Schüler eine Ohrfeige versetzt. Nach herrschender Lehre gelten die Lehrer in Ausübung des Züchtigungsrechts als Vollstreckungsbeamte im Sinne des § 113 St. G. B., deren Amtsausübung dann eine rechtmässige ist, wenn sie sich in den Grenzen ihrer landesrechtlich umgrenzten Befugnisse halten. Nun sind zwei Fälle denkbar. Der Lehrer überschreitet nicht die Grenzen des Züchtigungsrechts, dann ist auf Seiten des sich Widersetzenden der objektive Tatbestand erfüllt, und zu prüfen ist noch die Frage, ob nicht aus subjektiven Gründen (Ausschuss der Schuld wegen Widerstands infolge entschuldbarem Irrtums über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung) der Angeklagte freizusprechen ist. Möglich ist auch, dass der Lehrer das Züchtigungsrecht überschritt; dann ist eine weitere Tatfrage, wie intensiv die Notwehrhandlung sein durfte.

Die blosse, wenn auch erkennbare Absicht des Beamten über die Grenzen seiner Amtsbefugnisse hinauszugehen, reicht nicht aus, die bisher rechtsmässige Amtsausübung zu einer unrechtmässigen zu gestalten (O. Bd. 13, S. 259). Der rechtswidrige Angriff im Sinne des § 53 beginnt erst mit dem Anfang der Ausübung; das Fassen eines Gedankens bildet keinen gegenwärtigen Angriff.

Umgekehrt kann auch eine ursprünglich unrechtmässige Amtsausübung durch Veränderung der Umstände rechtmässig werden. (Binding, Bd. II, S. 774, Stenglein, Bd. II, S. 312.)

Der Widerstand ist dann strafbar, denn der rechtswidrige Angriff ist beendet.

Als Ergebnis muss daran festgehalten werden, dass das Widerstandsrecht ein Fall des Notwehrrechts ist[12]. Darum kann — den oben genannten Fall und den des Widerstandsexzesses ausgenommen — der Satz aufgestellt werden, dass wie bei rechtmässiger Amtsausübung ein Widerstandsrecht unter keinen Umständen anzuerkennen ist, so auch bei unrechtmässiger Amtsausübung nicht nur eine nach § 113 strafbare Handlung nicht vorliegt, sondern eine überhaupt straflose Verteidigung. Hervorgehoben sei noch, dass entsprechend der Notwehr, auch die Ausübung des Widerstandsrechtes nicht nur dem unmittelbar Betroffenen, sondern auch dem unbeteiligten Dritten verstattet ist. Diese Folgerung ist sehr gefährlich; nach der Fassung des § 113 kann man sie aber nicht ausschliessen.

§ 7. 3.) Die einzelnen Erfordernisse der Rechtmässigkeit im objektiven Sinne[1].

Schon oben wurde hervorgehoben, rechtmässig ist allein die gesetzmässige Handlung, d. h. diejenige, die den sie regelnden Gesetzen allseitig entspricht.

Nicht eine bestimmte Gruppe von Gesetzen kommen hier in Betracht, sondern überhaupt das ganze geltende Recht, öffentliches wie Privatrecht, Staatsrecht wie Verwaltungsrecht (Steuerexekution), Zivilprozessrecht (Pfändung) wie Strafprozessrecht (Verhaftung), Landesrecht[2] und Reichs-

---

[12] S. a. Hiller, S. 63; v. Streit, S. 17; M. E. Mayer, Vergl. Darst, S. 444; Flesch, S. 61; Binding, Hdb., S. 743; v. Kirchenheim, S. 201; John in H. H., Bd. III, S. 94; Frank, III, zu § 113; Borchardt, S. 32.

a. A. Mersmann, S. 39; Bolze, S. 389, 390; Pfeifer, S. 48.

[1] Siehe hierüber insbesondere: M. E. Mayer's, Vergl. Darst, S. 449 fg, und Festschrift, S. 126 fg.

[2] Darum ist auch infolge der territorialen Verschiedenheit der Gesetze die Zulässigkeit des Widerstandsrechtes gegenüber Amtshandlungen für das Reich nicht einheitlich geregelt, und wird es auch nicht sein, solange die Landesgesetzgebung nicht völlig beseitigt ist.

recht (auch für Landesbeamte[3]), einheimisches Recht wie fremdes Recht[4].

Die Mannigfaltigkeit der Gesetzesbestimmungen bringt es auch mit sich, dass trotz der Fülle der Reichsgerichtsentscheidungen nur wenige in einer Abhandlung allgemeineren Inhalts Erwähnung finden können. Durch § 113 wird mittelbar eine Interpretation der meisten Gesetze veranlasst, und das Reichsgericht wird dadurch zum Hüter der verfassungsmässigen Rechte der deutschen Staatsbürger.

Fassen wir zusammen: Die Handlung muss, um rechtmässig zu sein, nicht nur den formellen Gesetzen (Vollstreckungsgesetzen, Ausführungsgesetzen), das heisst denjenigen, die die Formen der Durchführung (Geltendmachung) regeln, konform sein, sondern auch den materiellen Gesetzen, auszuführenden Gesetzen, d. h. denjenigen, die die Begründetheit eines Anspruchs bedingen. Diesen Gedanken drückt bereits v. Streit, S. 82, aus in seiner Definition der der Rechtmässigkeit: « Rechtsmässig ist die Vollstreckungshandlung, wenn sie an sich geboten[5], und von dem berufenen Beamten so vorgenommen wird, wie es das Recht verlangt[6]. »

Die beiden Gruppen sind näher zu betrachten.

1. Zu den Ausführungsgesetzen gehören vor allem diejenigen, die die Person des zuständigen Beamten bestimmen. Der Beamte muss sachlich, örtlich und zeitlich zuständig sein.

Der Beamte muss sachlich zuständig sein[7], d. h. er muss

---

[3] a. A. Binding, Hdb., S. 741: « Welche Amtshandlungen dem Beamten anbefohlen sind, und unter welchen Voraussetzungen und in welchen Formen er sie vorzunehmen hat, dies bestimmt für Reichsbeamte das Reichs-, für Landesbeamte das Landesstaatsrecht. »

[4] Wir erwähnen die Bestimmung der Haager Konvention, die den deutschen Richter anweist, das Gesuch einer ausländischen Behörde in der von dieser gewünschten Form zu erledigen, sofern letztere nicht nach deutschem Recht verboten ist.

[5] Das ist materiell gesetzmässig.

[6] Das ist formell gesetzmässig.

[7] Diese fehlt natürlich für anbefohlene, strafbare und verbotene Handlungen.

zur Vollstreckung gerade dieser konkreten Entscheidung, gerade dieser Anordnung der Verwaltungsbehörde, gerade dieses Urteils, gerade dieses Gesetzes berufen sein. Sie müssen in seinen Wirkungskreis fallen. Bei jeder Vollstreckungsmassregel muss darum zunächst geprüft werden, ob die Kompetenz des Beamten sich über sie erstreckt [8].

Streitig ist nun, ob einem an und für sich zuständigen Beamten durch seinen Vorgesetzen im konkreten Falle die Sachlegitimation entzogen werden kann. Das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 31, S. 79, spricht sich in bejahendem Sinne aus. « Nimmt ein Beamter eine Handlung vor, zu der er zwar vermöge seines Amtes an und für sich befugt sein mag, die ihm jedoch in dem konkreten Falle von dem zuständigen Vorgesetzten verboten, so übt er sein Amt nicht rechtmässig aus, und seine Amtshandlung fällt nicht unter den § 113 St. G. B. [9]. »

Die Entscheidung ist jedoch unzutreffend. Wir stossen hier wieder auf denselben Konflikt zwischen Recht und Pflicht, man scheidet nicht genügend den Anspruch auf strafrechtlichen Schutz einerseits, von der disziplinarischen Unverantwortlichkeit andrerseits. Man will die Rechtmässigkeit von einem innerbeamtlichen Verhältnis abhängig machen, und vergisst dabei, dass der Vorgesetzte die Zuständigkeit des Untergebenen weder erweitern, noch beschränken kann. Im inneren Beamtenverhältnis hat sich zwar der Untergebene auf Grund der besonderen Gehorsamspflicht dem Gebot seines Vorgesetzten zu unterwerfen. Dem Untertan gegenüber sind jedoch die Zuständigkeitskreise der einzelnen Beamten unver-

---

[8] So verneint die Entscheidung des R. G., Bd. XI, S. 176, die Rechtmässigkeit der Amtsausübung eines preussischen Gendarmen wegen seiner sachlichen Unzuständigkeit zur Anordnung einer Beschlagnahme, bezw. Ausführung derselben aus eigener Entschliessung und E., Bd. XXIX, S. 200, diejenige eines Polizeibeamten, dem seine Vorgesetzten die Wegnahme von Kindern aus der Pflege ihrer Tante auf einen Beschluss des Vormundschaftsgerichts hin angeordnet hatten, da der Polizei die Durchführung privatrechtlicher Ansprüche nicht obliegen.

[9] In der angeführten Entscheidung ist die Unrechtmässigkeit der Amtsausübung aus anderen Gründen (keine Berufung zur Vollstreckung, Nichtbeobachtung wesentlicher Formvorschriften) herzuleiten.

rückbar durch Gesetz festgelegt, und für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung kommt es nur darauf an, ob der Beamte nicht diese Abgrenzung überschreitet, nicht darauf, ob diesbezügliche Anordnungen der Vorgesetzten befolgt sind. Darin liegt eine gesetzliche Garantie für die Unveränderlichkeit der Rechtmässigkeit. Sie wäre sonst von den mannigfachen, oft sich widersprechenden Befehlen der Vorgesetzten abhängig gemacht und einem ewigen Wechsel unterworfen. Im Verhältnis nach aussen, dem Bürger gegenüber kann darum ein Befehl keinerlei Bedeutung haben. Im Verhältnis nach innen seinem Vorgesetzten gegenüber kann sich der Beamte einer Pflichtverletzung schuldig machen. Es kann darum disziplinarische Ahndung eintreten. Strafrechtlich jedoch kann er nicht schlechter gestellt werden und bleibt geschützt. Der ihm geleistete Widerstand ist strafbar. So wenig die Beobachtung der amtlichen Pflicht für sich allein die Handlung zu einer rechtmässigen stempeln kann, so wenig kann ein Verstoss gegen sie ihr die Rechtmässigkeit entziehen.

Der Beamte muss ferner, örtlich zuständig sein, d. h. seine Tätigkeit kann er nur in seinem Amtsbezirk ausüben. Ausnahmsweise wird durch das Gesetz [10] die örtliche Zuständigkeit in gewissen Fällen erweitert. Wir erwähnen hier G. V. G. § 167, der die Gerichte ermächtigt, Amtshandlungen ausserhalb ihrer Bezirke vorzunehmen, wenn der Amtsrichter des Orts seine Zustimmung erteilt, oder wenn Gefahr im Verzuge obwaltet. Aehnlich G. V. G. § 168 Abs. 1 (Zulässigkeit der Verfolgung von Flüchtigen durch Sicherheitsbeamte über die Landesgrenze) [11], und § 159 Abs. 2, mit Rücksicht auf das Ersuchen eines im Instanzenweg vorgesetzten Gerichts. Jellineck, S. 58, tritt für analoge Anwendung dieser Bestimmungen in andern Materien beim Schweigen des Gesetzes ein.

Der Beamte muss ferner die für seine Zuständigkeit

---

[10] Eine Anordnung des Vorgesetzten bleibt auch hier irrelevant.

[11] Vgl. hierzu die Entscheidung des R. G., Bd. XXXVII, S. 32, welche die örtliche Zuständigkeit eines preussischen Försters für Amtshandlung ausserhalb des Bezirks unter gewissen Voraussetzungen bejaht.

bestimmten, zeitlichen Grenzen beobachten[12]; eine Pfändung z. B. darf bei Vermeidung der Unrechtmässigkeit der Vollstreckung, ohne ausdrückliche Erlaubnis des Amtsrichters nicht zur Nachtzeit, und auch nicht an Sonn- und allgemeinen Feiertagen vorgenommen werden (§ 761 Z. P. O. ähnlich § 104 St. P. O.)[13].

Zu den Ausführungsgesetzen gehören ferner diejenigen, die bei Vollstreckungsanordnungen die Erteilung des Befehls in bestimmter Form vorschreiben. Diese Vorschriften sind wohl zu unterscheiden von den Förmlichkeiten der Vollstreckungstätigkeit. Denn die Beobachtung der Befehlsform bildet die Voraussetzung des Einschreitens. Sie muss erfüllt sein v o r der Vollstreckung, nicht b e i der Vollstreckung.

In diesem Zusammenhang ist auch die formelle Rechtskraft[14] eines Urteils zu erwähnen, die Eigenschaft, kraft deren es nach Ablauf der Rechtsmittelfrist endgültig vollstreckbar ist; denn auch dieses Erfordernis berührt die Durchführung eines Anspruchs und liegt vor der eigentlichen Vollstreckung.

Die dritte Gruppe von Gesetzen dieser Kategorie bilden diejenigen, die die Beobachtung der w e s e n t l i c h e n Förmlichkeiten vorschreiben, Gegensatz die bloss instruktionellen Vorschriften[15]. Schon in anderem Zusammenhang war von diesen Formen die Rede[16]. Wenn auch dort die ihnen beigelegte, ausschlaggebende Bedeutung bekämpft wurde, so ist doch nicht zu verkennen, dass ihnen eine erhebliche Beachtung zukommt. Massgebend, ob man die Bestimmungen zu den

---

[12] In der Literatur, s. Mersmann, S. 80, werden diese Vorschriften zum Teil zu den Förmlichkeiten gerechnet.

[13] S. h. R. G. E., Bd. XXXI, § 307: Der Polizeibeamte kann zur Nachtzeit zur Wahrnehmung präventiver Funktionen nicht in das befriedete Eigentum eines Dritten eindringen. Ebenso Binding, Bd. II, S. 757, und E., Bd. II, S. 398.

[14] S. M. E. Mayer Festschrift, S. 126.

[15] Jetzt wohl unbestritten, so insbesondere Ohlshausen, Anm. 13 b zu § 113; Meyer, Vergl. Darst, S. 449; v. Streit, S. 104; Mersmann, S. 72 ff; Binding, Bd. II, S. 774.

[16] S. § 4 der Abhandlung.

wesentlichen oder instruktionellen Formvorschriften zu rechnen hat, ist nicht der Inhalt — denn ein und dieselbe Vorschrift kann in einem Falle bindend, im anderen als zweckentsprechend angeordnet sein —, auch nicht die Quelle, ob auf Gesetz oder auf Verordnung [17] — auch das Gesetz enthält oft bloss Instruktionen an seine Beamten, und ihrem Wesen nach besitzt ja die Rechtsverordnung Gesetzeskraft [18] —, entscheidend ist allein die Tragweite der betreffenden Vorschrift, ihr Wille, wobei die Terminologie des Gesetzes, ob Muss- oder Sollvorschrift, wenn auch nicht bindende, so doch beachtenswerte Hinweise gibt. Die Beurteilung hierüber muss dem Einzelfall vorbehalten bleiben. Das Reichsgericht hat in zahlreichen Entscheidungen sich über die Bedeutung einzelner Gesetzesbestimmungen ausgesprochen. Auf die reiche Kasuistik, die sich lediglich mit Interpretation dieser Bestimmungen befasst, hier näher einzugegen, liegt keine Veranlassung vor [19]. Hervorgehoben sei nur, dass das Reichsgericht den dargelegten, prinzipiellen Standpunkt teilt. Die Entscheidung Bd. 17, S. 124 ff., sagt hierüber folgendes: « Es kann die Entscheidung, ob eine für die Ausführung einer Zwangsvollstreckung gegebene Vorschrift für deren Rechtsbeständigkeit wesentlich sei, nicht aus dem Inhalt dieser Vorschrift entnommen werden; dieselbe Form kann in einem Falle für die Rechtmässigkeit der Vollstreckung Voraussetzung sein, im anderen nur instruktioneller Natur. » « Ebensowenig kann die Entscheidung ausschliesslich und unbedingt darin gefunden werden, ob die Anordnung in einem Gesetze, oder in einer Ausführungsverordnung, oder in einer Instruktion für die ausführenden Beamten enthalten ist. Auch im Gesetz finden sich oft vielfache, reglementäre Vorschriften, und wiederum können durch ein nur Normativbestimmungen enthaltendes und die nähere Ausführung derselben ausdrücklich weiterer Regulierung vorbehaltendes Gesetz, auch wesentliche, für die Rechtsgültigkeit eines Aktes erhebliche Formen einer

---

[17] a. A. Hiller, S. 48; Neumann, S. 218; gegen sie Mersmann, S. 75 ff.

[18] Laband, II zu § 57.

[19] Sehr eingehend über diese Punkte spricht sich Mersmann, S. 72 ff.

Dienstanweisung vorbehalten bleiben. Es kann vielmehr die Frage über die Bedeutung einer Anordnung, über das bei Rechtsakten zu Wahrende nur aus dem jedesmal zu erforschenden Willen des Gesetzgebers, bezw. seines Delegierten beantwortet werden. »

Die Unterscheidung hat einen praktischen Wert. Dadurch dass das Gesetz den Behörden oft einen gewissen Spielraum lässt, wollte es die Berücksichtigung der verschiedenartigsten Fälle ermöglichen, die nicht alle von vornherein zu übersehen waren, sodass man auch einer Veränderung der Umstände gerecht werden kann. Der Beamte ist ausserdem so zahlreichen Dienstanweisungen unterworfen, dass er nicht alle jederzeit im Gedächtnis haben kann. Sein Handeln kann bei Verletzung einer nicht wesentlichen Instruktion pflicht-, aber nie rechtswidrig sein. Wollte man bei jeder Vollstreckung prüfen, ob alle Formvorschriften gewahrt sind, so würde sich immer eine finden, die ausser Acht gelassen wurde, und es könnte fast niemals eine Bestrafung des Widerstandes eintreten.

Einer ähnlichen Ueberlegung ist im Zivilprozessrecht das Institut der verzichtbaren, prozesshindernden Einreden entsprungen. Diesen verzichtbaren, prozesshindernden Einreden des Zivilprozesses entsprechen hier die instruktionell vorgeschriebenen Förmlichkeiten, den unverzichtbaren die wesentlichen Vorschriften. Denn wie dort ohne die Unterscheidung und ohne die Zeitgrenze die Nichtigkeit fast jeden Prozesses gerügt werden könnte, so hier die Unrechtmässigkeit fast jeder Vollstreckungshandlung.

2. Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der Frage, wie beschaffen die auszuführenden, materiellen Gesetze sein müssen. Hier kann ein subjektives Ermessen nicht vermieden werden. Die Durchführung eines objektiven Masstabes scheitert an der Gesetzestechnik, an der Unzulänglichkeit unserer Gesetze, und wäre nur denkbar, wenn das Gesetz alle möglichen Fälle regelte, wenn es einfach ein Nachschlagebuch wäre, in dem alle überhaupt vorkommenden Beziehungen eine Regelung gefunden hätten. Eine solche Kasuistik haben die Verfasser des Allgemeinen Preussischen Landrechts erstrebt. Dieser Versuch musste jedoch scheitern, da der Gesetzgeber nie wissen kann, wie sich die Bedürfnisse des

Verkehrs entwickeln. Die spätere Gesetzgebung hat sich auch dieser Einsicht nicht verschlossen. Sie fasst bei Aufstellung der Gesetzesbestimmung meist nicht einen bestimmten Einzelfall ins Auge, sondern eine Gruppe gleichartiger Fälle. Die Tatbestände der Rechtsätze sind abstrakt gedacht und formuliert. Die Rechtsfolge soll immer eintreten, wenn Tatsachen von bestimmter Art vorliegen. Die gesetzlichen Tatbestände sind nicht konkret auf den Einzelfall zugeschnitten, sondern abstrakt auf eine unbestimmte Mehrheit von Fällen berechnet. Das Gesetz an sich genügt der Praxis nicht. Es ist notwendig unvollkommen. Es bedarf der Ausfüllung. Diese kann ausgehen von einem Richter, einem Verwaltungsbeamten, oder einem sonstigen Organ. Die Tatbestände des Lebens müssen in die Tatbestände des Gesetzes eingepasst, diejenigen des Gesetzes an die Tatbestände des Lebens angepasst werden, mit anderen Worten, das generell gefasste, das abstrakte Gesetz, will auf den Einzelfall angewandt, will konkretisiert sein.

Durch diese Konkretisierung wird ein subjektives Ermessen in unseren Masstab gedrängt. Denn sie wird jedesmal von einem Subjekt vollzogen. Es gilt darum den Spielraum festzustellen, innerhalb dessen sich das Ermessen des konkretisierenden Organs bewegen kann, damit das resultierende Willensprodukt noch als im Rahmen der Gesetzesbestimmung eralssen, als Willenserklärung des Gesetzes gelten kann.

Unsere Kette besteht aus drei Gliedern:

Gesetzesbestimmung (abstraktes Gesetz);
Gesetzesanwendung (konkretisiertes Gesetz);
Gesetzesvollstreckung.

M. E. Mayer, dessen Verdienst es ist, diesen Gedankengang gewiesen und plastisch zum Ausdruck gebracht zu haben, behauptet nun, dass ein qualitativer Unterschied zwischen dem konkretisierten und dem abstrakten Gesetz besteht (« der Unterschied liegt darin, dass das erstere — gemeint ist das abstrakte Gesetz — ein Plus enthält »). Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Der Unterschied ist vielmehr lediglich ein quantitativer, das abstrakte Gesetz besitzt ein grösseres Volumen, es kann unendlich viele Konkretisie-

rungen in sich aufnehmen. Nicht darin liegt das Wesentliche, dass das abstrakte Gesetz eine bestimmte Willensrichtung hat, nämlich richtig konkretisiert zu werden — es bleibt, wenn man sich so ausdrücken kann, eine konstante Grösse — sondern umgekehrt die Konkretisierung hat eine Willensrichtung, und zwar in den Grenzen des abstrakten Gesetzes zu bleiben und das Rechtsideal, welches in ihm verkörpert ist, zu erreichen (Fall der echten und richtigen Konkretisierung).

Die Konkretisierung muss nun, um als solche gelten zu können, verschiedenen Erfordernissen entsprechen:

Sie muss vorerst sich im Rahmen des abstrakten Gesetzes bewegen; das Gesetz bildet den Grundstock, auf dem die Konkretisierung aufgebaut wird.

Darum kann auch eine Vollstreckung auf Grund eines nichtigen Gesetzes niemals eine rechtmässige sein; durch seine Anwendung werden die verfassungsmässigen Rechte der Untertanen verletzt. Unserm Aufbau fehlt das Fundament (sog. objektlose Konkretisierung); in der Kette ist das erste Glied, die Gesetzesbestimmung, ausgefallen. Die Konkretisierung besitzt überhaupt keine Willensrichtung; sie ist, figürlich gesprochen, ein Kreis, d. h. eine Linie ohne Richtung. Das Willensprodukt liegt nicht ausserhalb des Rahmens des abstrakten Gesetzes, sondern jenseits der Legalität, und hat auf Gesetzlichkeit oder Rechtmässigkeit keinen Anspruch.

Gleiches gilt für absolut nichtige Urteile, z. B. solche eines pensionierten Amtsrichters, oder eines Landrichters in Amtsgerichtssachen, oder wenn sie für eine nicht mehr existierende Partei ergangen sind; sie gelten als nicht vorhanden, und können darum auch keine Rechte begründen [20].

Aehnlich ist zu entscheiden, wenn absichtlich etwas unter das Gesetz subsumiert wird, was nicht von ihm aufgenommen werden kann, z. B. ein auf Rechtsbeugung beruhendes Urteil, willkürliche Haftbefehle oder Verwaltungsmassnahmen [21]. Hier haben wir es mit einer Linie zu tun, die

---

[20] Bestritten ist die absolute Nichtigkeit bei Entscheidungen und Verfügungen eines geisteskranken Richters; s. h. Jellinek, S. 59 fg.

[21] S. a. Jellinek, S. 114; a. A. Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozess, 1909, der hierfür eine

sich in einer dem Zielpunkt entgegengesetzten Richtung bewegt. Die Willensrichtung bewegt sich nicht im Rahmen des abstrakten Gesetzes, sondern ausserhalb desselben. Das konkretisierende Organ hatte keine Gesetzesbestimmung im Auge. Es hat darum eigentlich gar keine Konkretisierung vorgenommen; es hat selbst eigenmächtig Recht gesetzt; seine Entscheidung ist reine Willkür. Der Tatbestand des Lebens ist nicht nach gesetzlicher Vorschrift, sondern in einer ausdrücklich und bei Strafe verbotener Weise (§ 336 St. G. B.) entschieden worden. « Der abstrakte Imperativ ist vorsätzlich oder fahrlässig also im Grunde nicht befolgt worden. » (M. E. Mayer, S. 126 Festschrift.) Die Rechtswidrigkeit einer derartigen Entscheidung ergibt sich von selbst.

Das Charakteristische dieses Falles ist die mutwillige Verletzung des Gesetzes, der böse Glaube des Konkretisierenden, sog. böswillige Konkretisierung. Im Grunde genommen sind derartige Produkte überhaupt nicht als Konkretisierungen zu bezeichnen. Denn der Konkretisierung ist ihre Willensrichtung wesentlich, die sich nur nach einem tauglichen Objekt hin, und im Rahmen eines Gesetzes erstrecken kann. Der äusserliche Vorgang täuscht über den Inhalt hinweg, dessen unentbehrliche Bestandteile wir oben genannt haben; die Konkretisierung ist eine scheinbare, uneigentliche oder unechte.

Diesen beiden Fällen unechter Konkretisierung [22], der böswilligen und der objektlosen, ist der Fall der unrichtigen, aber echten Konkretisierung entgegenzustellen. Er liegt vor, wenn dem Beamten bei Anwendung des abstrakten Gesetzes ein Irrtum unterlaufen ist. Hier bewegt sich die Willensrichtung im Rahmen eines abstrakten Gesetzes, jedoch nicht des richtigen. Es liegt eine Konkretisierung vor, wenn auch nicht eine unanfechtbare [23]. Der Tatbestand des Lebens

---

sogenannte publizistische Rechtmässigkeit konstruiert. Auch Mersmann, S. 106, für die Rechtmässigkeit.

[22] Das Wort unechte Konkretisierung ist eigentlich eine contradictio in adjecto; streng genommen kann man hier ebensowenig von einer Konkretisierung sprechen, wie bei einem nichtigen Rechtsgeschäft von einem Rechtsgeschäft.

[23] M. E. Mayer zieht hier zum Vergleiche die echten Urkunden

wurde durch eine logische Gedankenoperation dem Tatbestande des Gesetzes eingereiht. Eine Nachprüfung kann zwar ergeben, dass der gewählte gesetzliche Tatbestand dem Lebensvorgang nicht ganz gerecht wurde, dass ein anderer gesetzlicher Tatbestand der Entscheidung des Falls zu Grunde zu legen gewesen wäre. Die Entscheidung kann rechtsunbeständig sein. Damit ist aber nicht gesagt, dass sie auch rechtswidrig ist. Denn die für eine Konkretisierung wesentlichen Erfordernisse sind erfüllt worden, ein zu Recht bestehendes, abstraktes Gesetz ist auf einen Einzelfall ohne strafbare Verletzung des Gesetzes angewandt worden, und dies genügt nach dem eingangs aufgestellten Schema. M. E. Mayer fasst diesen Gedanken in die Worte: « Berechtigte Einwendungen, die die Konkretisierung der Gesetze angreifen, stellen die Rechtmässigkeit der dem konkretisierten Gesetzeswillen entsprechenden Vollstreckung nicht in Frage » (Vergl. Darst, S. 451). In diesem Sinne, und nur insoweit, d. h. sobald überhaupt von der Konkretisierung einer Gesetzesnorm gesprochen werden kann, gilt der Satz: « Die materielle Unrichtigkeit lässt die Rechtmässigkeit der Vollstreckung unangetastet. »

Der Unterschied zum vorerwähnten Falle besteht darin, dass hier eine Subsumption unter das Gesetz stattgefunden hat. Das auf Rechtsbeugung beruhende Urteil findet überhaupt kein Fundament im Gesetz, so wenig wie die auf einem nichtigen Gesetz fussende Entscheidung, sondern beruht allein auf der Willkür des Richters; das auf falschen Voraussetzungen ruhende, unrichtige Urteil ist vom Richter auf die Gesetzes-

---

unwahren Inhalts heran (Festschrift S. 130): « Denn gerade wie die Feststellung einer Urkundenfälschung sich nicht auf die Unwahrheit des erklärten Willens, sondern auf die Unechtheit der Erklärung stützt, so ergibt sich die Widerrechtlichkeit eines Befehls nicht aus dem Widerspruch mit dem Willen des zu konkretisierenden Gesetzes, sondern aus der Unechtheit der Konkretisierung; nicht auf das Produkt, auf die Produzierung kommt es an. Die vom Aussteller herstammende Erklärung ist eine echte Urkunde, auch wenn die Erklärung sich mit dem Erklärten nicht deckt, — jeder der abstrakten Norm entnommene konkrete Imperativ ist eine echte Konkretisierung, mag ihr Produkt im übrigen auch dem Recht widersprechen. »

bestimmungen gestützt worden. Selbst wenn der Irrtum vermeidbar war, bleibt die Konkretisierung eine echte. Es liegt eben im Wesen der Konkretisierung, dass sie durch einen Menschen verwirklicht werden muss, und dass sie dadurch eine individuelle Färbung erhält. Die Unvollkommenheit des sie beherrschenden Subjekts spiegelt sich in ihr ab. So ist die Konkretisierung der Prüfstein, an dem die Gesetzesbeherrschung des Richters erkannt wird. Kein Mensch ist unfehlbar. Die Wissenschaft schreitet fort; die Erkentnisse ändern und vermehren sich; was heute richtig erscheint, ist morgen veraltet. Die Entscheidungen sind einem ewigen Wechsel unterworfen. Der Irrtum über die Tragweite einer Bestimmung muss darum für die Rechtmässigkeit der Handlung irrelevant bleiben. Sonst würden der Rechtswidrigkeit keine Schranken gesetzt. So liegt denn im Ideal der Konkretisierung, die richtige, einwandfreie Auslegung und Anwendung des Gesetzestextes, in ihrem Wesen die Fundierung im Gesetze überhaupt.

Als Ergebnis können wir feststellen: Diejenige Amtsausübung ist rechtmässig, die sich im Rahmen der abstrakten Gesetze bewegt, oder, — wie M. E. Mayer umgekehrt vom Willen des abstrakten Gesetzes ausgehend sich ausdrückt —, dem konkretisierten Willen der auszuführenden Gesetze und den für die Ausführung der Handlung gegebenen Bestimmungen entspricht. Diese Schlussfolgerungen stimmen mit denjenigen Binding's überein (s. Lehrb. Bd. II, S. 766 ff.). Der eingeschlagene Weg ist jedoch verschieden, da Binding den Willen des Gesetzes (s. S. 767: « muss dem Gesetz entsprechen der Inhalt des Willens, der zur Vollstreckung gebracht wird, oder muss vom Gesetz nur gewollt sein, dass dieser Wille vollstreckt wird?), wir jedoch die Willensrichtung des konkretisierenden Organs als das massgebende Kriterium betrachten.

Nach diesen Erörterungen könnten eigentlich die Einwendungen Mersmann's, S. 104, bereits als erledigt gelten. Die dort gegen M. E. Mayer geführte Polemik entbehrt jeder sachlichen Grundlage, und es erscheint fast, als ob der Wunsch, eine eigene Theorie aufzustellen, zu dieser Stellungnahme geführt hat. Ein kurzes Eingehen wird uns hierüber Klarheit verschaffen.

Mersmann's erster Einwand lautet: Die Theorie Mayer's

leide an dem Mangel des allzu Abstrakten. Ja, verkennt denn Mersmann, dass das Wesen einer Theorie gerade darin besteht, aus einer Gruppe gleichartiger Fälle, leitende Gesichtspunkte zu gewinnen, dass jede Theorie notwendig abstrakt ist, und dass gerade diejenige M. E. Mayer's, welche sich durch ihre präzise Formulierung und ihre klare durchsichtige Form auszeichnet, noch in erhöhtem Masse abstrakt sei, ist nicht einzusehen, und inwiefern dies der Fall sein soll, darüber gibt uns Mersmann keine Auskunft. Im weiteren Verlaufe werden die Ergebnisse M. E. Mayer's gerade auf den Kopf gestellt. Diejenigen Deutungen seiner Theorie, die der Verfasser ausdrücklich abgelehnt hatte, nämlich die echte und richtige, oder besser gesagt, die absolut echte Konkretisierung werden als Folgerungen des Prinzips hingestellt[24]. Der Zweck der Gesetzeskonkretisierung liegt wie bereits oben festgestellt, nicht etwa darin, eine den abstrakten Normen allseitig entsprechende Entscheidung des Einzelfalls zu geben, sondern in der Anwendung des Gesetzestextes auf den Einzelfall. Es kommt nicht darauf an, dass die richtige, abstrakte Norm konkretisiert wird, sondern dass überhaupt eine Subsumption unter das Gesetz stattgefunden hat. Irrtum des Beamten und Missachtung des Gesetzes beeinflussen die Konkretisierung in konträr entgegengesetzter Weise. Nochmals betont sei, dass die Konkretisierung nur in den seltensten Fällen absolut echt sein wird, dann hauptsächlich, wenn das Gesetz die Entscheidung des Falls getroffen hat. Meist wird sie relativ echt bleiben müssen, da sie durch ein Irrtümern unterworfenes, fehlbares Organ verwirklicht wird.

3. Die entwickelten Sätze ergeben verschiedene Vereinfachungen. So ist eine gesonderte Betrachtung der Fälle, in denen der Beamte auf Befehl, und derjenigen, in denen er auf eigene Initiative einschreitet, überflüssig. Die P e r s o n des die Gesetze konkretisierenden Organs kommt nicht in Betracht,

---

[24] Das angefochtene Resultat liegt eher im Sinne der Formel Mersmann's; sie lautet (S. 109): « Ist das was der Beamte vornimmt auch genau der konkrete Niederschlag dessen, was den Inhalt des abstrakten Gesetzes bildet, denn nur dessen Ausführung ist der Wille des Gesetzes. »

nur die Art der Konkretisierung. So wenig die Qualität der Konkretisierung davon berührt wird, dass sie von einem Einzelrichter oder von einem Kollegium vorgenommen wird, so wenig auch davon, dass sie von einem richterlichen oder einem sonstwie zur Entscheidung berufenen Beamten. Nicht ob angeordnet wird, sondern was angeordnet wird, ist zu untersuchen. Die inhaltliche Eigenschaft einer Entscheidung ändert sich nicht je nach der Person, die sie erlassen. Es kommt darum nicht sowohl darauf an, die Rechtmässigkeit der Anordnung von der Rechtsmässigkeit der Vollstreckung zu trennen, sondern die Konkretisierung von der Vollstreckung. Die Rechtmässigkeit der letzteren ist auf die Echtheit der ersteren angewiesen.

Vollstreckt der Beamte eine fremde Entscheidung, so besteht ein Unterschied nur insofern, als zwischen der Konkretisierung und der Vollstreckung ein grösserer, zeitlicher Zwischenraum liegt, da ausserdem noch die Anordnung, die Befehlserteilung, dazwischen tritt.

Handelt der Beamte aus eigener Entschliessung, so folgen beide Vorgänge oft so schnell, dass sie zusammenzufallen scheinen, obwohl auch hier die Subsumption unter das Gesetz vorangeht.

Handelt der Beamte auf Befehl, so kommt, da die Rechtmässigkeit der Vollstreckung nur auf die Echtheit der Konkretisierung angewiesen, und er letztere nicht selbst vollzogen hat, seine rechtliche Beurteilung der Lage überhaupt nicht in Betracht. Er gilt als Werkzeug. Die Subsumption unter das Gesetz hat eine richterliche oder eine verwaltungsrechtliche Person oder Behörde vorgenommen. Nur wenn die Konkretisierung dieser Organe einwandfrei, d. h. weder objektlos noch böswillig ist, befindet sich der Untergebene in rechtmässiger Amtsausübung. Sonst ist er dem Widerstande preisgegeben, obwohl er zwar schuldlos, aber doch widerrechtlich handelt. Die Rechtmässigkeit seiner Amtsausübung wird aber nicht dadurch beeinträchtigt, dass der die Anordnung erteilenden Behörde bei Erlass der Entscheidung ein Irrtum unterlaufen ist, da die Echtheit der Konkretisierung hierdurch nicht in Frage gestellt wird. Dieser Irrtum ist irrelevant, sowohl wenn er sich auf die tatsächlichen Vor-

aussetzungen, wie wenn er sich auf die rechtliche Beurteilung bezieht. Die Subsumption unter den falschen gesetzlichen Tatbestand raubt der Konkretisierung nicht ihre Echtheit. Dies versteht sich von selbst für Urteile der Gerichte. Ein rechtlich zu beanstandendes Urteil kann nicht dem Widerstand freigegeben werden; ein wegen Unterschlagung verurteilter Verbrecher kann sich seiner Verhaftung nicht darum ungestraft widersetzen, weil er in Wirklichkeit wegen Diebstahl zu bestrafen gewesen wäre.

Es wäre aber inkonsequent, wenn man diese Regel nur für Urteile anwenden wollte. Urteile sind Konkretisierungen in besonders solenner Form, für deren Echtheit die richterliche Vorbildung und Unabhängigkeit eine besondere Garantie bildet. Wenn sie nun in ihrer Qualität sich von denjenigen anderer Organe unterscheiden, so doch nicht in ihrem Wesen. Darum muss genau dasselbe von den Konkretisierungen der vorgesetzten Verwaltungsbehörde, wie von denjenigen des einschreitenden Beamten selbst gelten. In diesem Falle wird der Vollstreckungsbeamte selber zum Richter über die rechtliche Situation [25].

---

[25] Gegen diese Gleichstellung wendet sich Goldschmidt, Festgabe, S. 127. Ihm ist zwar zuzugeben, dass die Konkretisierungstätigkeit dem Beamten oft nur gerade in seiner Eigenschaft als Vollsreckungsbeamter zusteht. Aber dies zu bestreiten lag überhaupt nicht in der Absicht M. E. Mayers. Es ist dies eine so selbstverständliche Voraussetzung, dass sie keiner besonderer Hervorhebung bedurfte. Durch die Scheidung sollte vielmehr klar gemacht werden, dass die Konkretisierung als Denkoperation mit der Vollstreckung im engeren Sinne nichts zu tun hat, dass also die geistige Verarbeitung eines Gesetzestextes von dem körperlichen Eingreifen in die Rechtssphäre eines andern zu trennen ist. Insoweit ist eben dem Beamten immer in seiner Eigenschaft als Vollstreckugsbeamten neben der Vollstreckungstätigkeit im engeren Sinne auch eine gewisse richterliche Funktion, innerhalb der für sein persönliches Ermessen Raum ist, zugewiesen. Es wird durch dieses Bild klar, dass der Vollstreckung, wenn auch nicht ein Urteil, so doch immer eine Beurteilung vorangeht.

Die Polemik Goldschmidt's gegen die Berechtigung der Trennung beider Funktionen erklärt sich aus seiner prinzipiellen Stellung. Ihm kommt eben alles darauf an, nachzuweisen, warum nur die formellen,

Diese letzten Schlussfolgerungen, die sich aus einer logisch konsequenten Durchführung seiner Theorie ergeben, hat M. E. Mayer nicht gezogen. Für ihn ist der Rechtsirrtum des Vollstreckungsbeamten kausal, derjenige des Richters ohne Einfluss für die Widerrechtlichkeit der Vollstreckung, wohl weil in letzterem Falle die Rechtskraft entgegenstehe. Aber wenn schon die Konkretisierung echt war, weil der Irrtum irrelevant bleiben muss, so besteht kein Grund uns für die Rechtmässigkeit der Vollstreckung noch auf die Rechtskraft zu berufen. Die richterliche Konkretisierung bildet darum keinen Ausnahmefall [26], sondern ein Prototyp, und lässt die Ableitung allgemein gültiger Regeln zu. Die Konkretisierung des Vollstreckungsbeamten untersteht in ihrer Beurteilung genau demselben Masstab. Diese Verschiedenheit in den Ergebnissen ist auch darauf zurückzuführen, weil unserer Ansicht nach, für die Echtheit der Konkretisierung nicht die Willensrichtung des abstrakten Gesetzes, der Geist, die Tendenz des Gesetzes, (anders für die Qualität der Konkretisierung), zu untersuchen ist, sondern diejenige des die Gesetze konkretisierenden Organs. Mag nun ein Richter oder ein sonstiger Beamter die Konkretisierung vorgenommen haben, in beiden Fällen wird die Echtheit der Konkretisierung weder durch einen Tatirrtum, noch durch einen Rechtsirrtum berührt. Denn die Willensrichtung des Beamten bewegt sich in beiden Fällen gleichmässig im Rahmen eines abstrakten Gesetzes. Der nichtrichterliche Beamte darf nicht schlechter gestellt werden als der richterliche, und weder Tatirrtum, noch auch Rechtsirrtum des konketisierenden Organs vermögen die Rechtmässigkeit der Amtsausübung irgendwie zu beeinträchtigen.

Diese Schlussfolgerungen werden nirgends gezogen, und man wird einwenden, dass durch sie der Bürger der Unfähigkeit und der mangelnden Vorbildung der Vollstreckungs-

---

dagegen nicht die sachlichen Voraussetzungen gegeben sein müssen, und dann darf er dem Vollstreckungsbeamten natürlich keine richterliche Funktion zusprechen. Die Unmöglichkeit einer derartigen Konstruktion ist ein Grund mehr für die Ablehnung seiner Theorie.

[26] a. A. Mersmann, S. 105, der auch die auf Rechtsbeugung beruhenden Urteile als rechtmässige auffasst.

beamten ausgeliefert sei. Diese Befürchtung ist ungerechtfertigt. Bei der geringen Anzahl von Gesetzesbestimmungen, zu deren direkten Konkretisierung der Vollstreckungsbeamte berufen ist, wird der spezifische Rechtsirrtum auf Seiten des Vollstreckungsbeamten nur in äusserst seltenen Fällen auftreten, und in diesen Ausnahmefällen entspricht der Schutz des Beamten, wie wir weiter unten an einem praktischen Beispiel dartun werden, nicht nur gesetzlicher Vorschrift, sondern auch unserem Gerechtigkeitsgefühl. Die Handhabung dieser wenigen Gesetzesvorschriften ist so einfach, dass ein Irrtum, wenn überhaupt möglich, sich meist nur auf die tatsächlichen Voraussetzungen des Einschreitens oder auf die sachliche Zuständigkeit erstreckt. Der Rechtsirrtum dagegen steigert sich meist zu einem Irrtum über die rechtlichen Befugnisse. Der Beamte nimmt oft entschuldbarer Weise an, sein Einschreiten sei mit Rücksicht auf die ganze Sachlage, begründet. Hier aber hat der Beamte nicht das Gesetz sondern sein Pflichtgefühl zur Basis der Vollstreckung gemacht. Der Irrtum über die rechtlichen Befugnisse ist eine objektlose Konkretisierung; die auf sie fussende Amtsausübung unrechtmässig; eine Gesetzesanwendung hat nicht stattgefunden. Der Beamte hat sich ausserhalb des Gesetzes gestellt. Die Praxis fasst aber unrichtigerweise diese Fälle als Rechtsirrtum auf. Eine eingehende Untersuchung der in dieser Frage veröffentlichten Reichsgerichtsentscheidungen hat uns davon überzeugt, dass sie zwar meist im Endergebnis nicht zu beanstanden sind, dass aber ihre Begründung einer kritischen Würdigung nicht standhält. Wir werden, um dies besser vor Augen zu führen, und als Prüfstein der vorstehenden Erörterungen in die Besprechung einiger dieser Entscheidungen eintreten:

1. Fall:

Berechtigung der Widersetzung wegen — nach Auffassung des Reichsgerichts rechtsirrtümlicher Auffassung der Gesetzesvorschrift —, richtiger jedoch wegen objektloser Konkretisierung (R. G. E. Bd. 30, S. 348).

Ein Polizeibeamter wollte der Ehefrau des Angeklagten, die von ihrem Gatten aus der Wohnung gewiesen worden war, gewaltsam Eingang in die Familienwohnung verschaffen. Hieran wurde er von dem Angeklagten mit Gewalt verhindert.

Die Strafkammer hatte den Angeklagten verurteilt, weil der Beamte auf Grund pflichtgemässen Ermessens sein Einschreiten für berechtigt gehalten hatte. Das Reichsgericht rügt an dieser Entscheidung nur, dass sie nicht genügend zwischen Irrtum über tatsächliche Voraussetzungen und über die rechtliche Beurteilung unterscheide. Wenn der Beamte aus Unkenntnis oder infolge falscher Auffassung der für ihn massgebenden Vorschriften seine Befugnis zum amtlichen Einschreiten aus dem Vorliegen gewisser tatsächlicher Verhältnisse ableite, die das gesetzlich überhaupt nicht rechtfertigen vermögen, so liege Rechtsirrtum vor, und da in diesem Falle letzteres wohl eher zutreffe, so erscheine die Annahme der Rechtmässigkeit der Amtsausübung seitens des Erstrichters bedenklich.

Feststeht nun, dass der Beamte aus Unkenntnis der gesetzlichen Vorschriften eine vermeintlich rechtmässige Vollstreckungshandlung vorzunehmen glaubte. Er war der Ansicht, dass er mit Rücksicht auf die ganze Sachlage berechtigt sei, zum Schutze der Ehefrau und der Kinder des Angeklagten handelnd einzugreifen. Nun gibt es aber überhaupt keine Gesetzesbestimmung die einem Dritten erlaubt, Familienangehörige des Berechtigten gegen seinen Willen in die Wohnung einzuführen. Im Gegenteil, ein derartiges Verhalten kann unter Umständen strafbar sein (§ 133 St. G. B.). Der Polizeibeamte konnte darum keine Subsumption unter das Gesetz vornehmen, er legte seiner Amtshandlung keinen speziellen Gesetzesparagraphen zu Grunde. Er handelte lediglich aus Pflicht- oder Gerechtigkeitsgefühl, aus Mitleid für die vertriebene Frau. Diese Motive können nun sein Vorgehen moralisch rechtfertigen, rechtlich bleiben sie jedoch irrelevant; sie ändern nichts an der Tatsache, dass er willkürlich vorgegangen ist, dass er bewusst rechtswidrig gehandelt und sich ausserhalb der Gesetze gestellt hat. Es kann darum auch von einem Rechtsirrtum nicht gesprochen werden. Hier liegt der typische Fall einer objektlosen Konkretisierung vor.

2. Fall:

Berechtigung der Widersetzung wegen — nach Annahme des Reichsgerichts Rechtsirrtum des Vollstreckungsbeamten —

richtiger wegen mangelnder Form der Befehlserteilung (Urteil von 29. April 1901 des I. Strafsenats in Gold. Arch., Bd. 48 S. 382).

Die Ehefrau des Angeklagten, welche des Diebstahls angeklagt war, hatte in der Hauptverhandlung gegen sie durch fortgesetztes Schreien eine Unterbrechung der Sitzung veranlasst. Der Vorsitzende erteilte nun dem Gerichtsdiener M. den Auftrag, sie abzuführen. Diese Weisung wurde von M. dahin verstanden, die Abführung in das Gefängnisgebäude vorzunehmen. Der Ehemann widersetzte sich der Fortführung seiner Frau mit Gewalt.

Das Reichsgericht stellt nun fest, dass ein Beschluss im Sinne des § 178 G. V. G., welcher die Abführung der Ehefrau zur Haft angeordnet hätte, nicht ergangen sei, ebensowenig gegen sie ein auf Ordnungsstrafe lautender Beschluss gemäss § 179 G. V. G. Lediglich die Entfernung aus dem Sitzungssaal sei angeordnet worden. Der Irrtum des Gerichtsdieners betreffe darum die rechtliche Grundlage seiner Amtstätigkeit, und nicht etwa die tatsächlichen Voraussetzungen. Die Amtsausübung sei daher unrechtmässig.

Wie das Reichsgericht zutreffend hervorhebt, ist eine richterliche Anordnung in Ausübung der Sitzungspolizei immer in Form eines Beschlusses zu erlassen. Dieser Beschluss ist ein Befehl an die Adresse der Beamten, die zur Vollstreckung der richterlichen Entscheidungen berufen sind (Gerichtsdiener, Gerichtsvolzieher). Die Vollstreckungsbeamten werden darum immer nur tätig, nachdem ein Befehl in bestimmter Form ergangen ist. Ob die bestimmte Form beobachtet wurde, ist Aufgabe ihrer selbständigen Prüfungspflicht, jedenfalls kann ihr guter Glaube die fehlende Form nicht ersetzen. Da nun aber in dem zur Entscheidung stehenden Falle die Anordnung nicht in Form eines Beschlusses ergangen war, so war der Gerichtsdiener zur Abführung ins Gefängnisgebäude weder verpflichtet, noch berechtigt. Wenn er trotzdem im Hinblick auf die Autorität des Richters es tat, so ist dies leicht verständlich, und auch verzeihlich. Dies hindert aber nicht, dass seine Vollstreckung gegen die Ausführungsgesetze verstossen hat. Es liegt kein Irrtum über die auszuführenden Gesetze vor, da das Erfordernis der Befehlserteilung in

bestimmter Form, zu den Ausführungsgesetzen gehört. Diese Entscheidung mag zwar für den Beamten hart und unbillig sein, für den Bürger ist aber die Beobachtung der Form eine Garantie der Gesetzmässigkeit und Gerechtigkeit der Entscheidung. Denn wir dürfen nicht ausser Acht lassen, dass derartige Beschlüsse durch das Gericht, das Kollegium, zu erlassen sind, während hier die Anordnung vom Vorsitzenden allein ausging.

3. Fall:

Strafbarkeit der Widersetzung wegen Irrtums des Vollstreckungsbeamten — nach Ansicht des Reichsgerichts über die tatsächlichen Voraussetzungen —, richtiger in der rechtlichen Würdigung (Urteil des Reichsgerichts vom 17. Juli 1911 mitgeteilt in der D. J. Z. 1911, S. 1447).

Ein Wilderer war von einem Förster festgenommen worden, als er einen Schuss auf ein in einem umschlossenen Park befindliches Damwild gab, und hatte sich mit Gewalt seiner Verhaftung widersetzt.

Das Reichsgericht führt nun aus, das Delikt des Angeklagten sei als ein Diebstahlsversuch (§ 242) anzusehen, da das Damwild mit Rücksicht auf die vollständige Umschliessung des Parks im Eigentum des Parkinhabers stand. Hätte der Förster angenommen, es handle sich bei Abgabe eines Schusses auf ein in dem umschlossenen Parke befindliches Damwild um einen Jagdfrevel (§ 292), so hätte er sich in einem Rechtsirrtum befunden; der Widerstand gegen ihn müsste straflos bleiben. Da der Beamte aber den Umständen nach annehmen durfte, der Schuss sei auf Tiere abgegeben, die entweichen konnten, und darum « wilde » im Sinne des § 958 B. G. B. seien, so hätte er sich nur in einem tatsächlichen Irrtum befunden, der Widerstand sei darum zu bestrafen.

Diese Unterscheidung des Reichsgerichts mag subtil sein, sie kann aber nicht aufrechterhalten werden. Bekanntlich werden Umzäunungen angelegt, um die Edeltiere am Entweichen zu verhindern. Man wird darum in einem solche Parke immer eine grössere Anzahl finden als in den freien Wäldern, und sie sind hier, weil eingeschlossen, leichter zu erlegen. Wenn nun der Wilderer in den Park schoss, so war es sicher nicht, um einen Hasen zu treffen; den hätte er auch anderswo mit geringerem

Risiko — die umschlossenen Parke sind immer schärfer umwacht — schiessen können. Der Förster musste, und hat auch in diesem Falle bestimmt angenommen, dass der Schuss auf ein Damwild abgegeben wurde, also ein Tier, das nicht entweichen konnte. Der Schuss wurde tatsächlich auch auf ein am nächsten Morgen tot aufgefundenes Damwild abgegeben. Auch fällt es auf, dass das Reichsgericht gar nicht auf die Art der Umzäunung eingegangen ist. War es ein Pfahlzaun oder ein Drahtzaun, war er engmaschig oder weit? Es gibt ja Zäune, die so angelegt sind, dass selbst Hasen nicht mehr entweichen können. Das Reichsgericht wäre dann, um einen Tatsachenirrtum zu konstruieren, zu der Annahme gezwungen, der Wilderer habe auf ein noch kleineres wildes Tier z. B. eine Feldmaus angelegt. Die Annahme eines Tatirrtums von Seiten des Reichsgerichts ist auf Grund der besonderen Verhältnisse nicht gerechtfertigt. Hier liegt ganz entschieden ein Rechtsirrtum vor. Der Förster war der Ansicht, es liege ein Jagdfrevel vor. Dem Laien entgeht die Unterscheidung zwischen Wilddiebstahl und Jagdfrevel. Nur um einer krassen Ungerechtigkeit vorzubeugen und seinen prinzipiellen Standpunkt zu wahren, nimmt das Reichsgericht zur Konstruktion eines Tatsachenirrtums seine Zuflucht. Diese Konstruktion entspricht aber nicht der Sachlage; der Beamte hat auf Grund eines Rechtsirrtums, und zwar eines Strafrechtsirrtums sein Einschreiten für berechtigt angesehen. Er hat aber seinem Eingriff eine gesetzliche Bestimmung zu Grunde gelegt, wenn auch nicht die richtige. Folglich liegt eine echte Konkretisierung vor; sein Vorgehen ist nicht willkürlich, es ruht auf dem Gesetz, und der Widerstand ist strafbar. Wir brauchen nur den Fall etwas zu modifizieren, und es wird jedem einleuchten, dass der Rechtsirrtum irrelevant bleiben muss.

Angenommen der Fall stände zur Aburteilung vor Gericht, und der Richter hätte die Tat unter § 292 subsumiert, so würde man einstimmig den gegen die Verhaftung geleisteten Widerstand für strafbar erklären. Wir haben nun oben festgestellt, dass die Rechtmässigkeit der Handlungen auf Befehl denselben Regeln untersteht, wie die derjenigen aus eigener Entschliessung. Darum darf der Förster nicht schlechter gestellt werden als der zur Vollstreckung der Urteile der

Gerichte einschreitende Polizeibeamte. Die Konkretisierung des Försters ist keine richtige, aber eine echte, denn die Subsumption unter das Gesetz ist hier vorhanden. Der Rechtsirrtum des einschreitenden Beamten kann die Strafbarkeit der Widersetzung nicht aufheben.

Vorstehende Beispiele dürften nach der abstrakten Erörterung die praktische Brauchbarkeit der Theorie und ihre Uebereinstimmung mit dem Rechtsgefühl erweisen.

Gesondert ist noch der Fall zu besprechen, in dem — wie die Literatur sich ausdrückt — das pflichtgemässe Ermessen des Beamten über das Vorliegen gewisser tatsächlicher Voraussetzungen zur Rechtmässigkeit seiner Vollstreckungshandlung genügt. Im Allgemeinen sei, — so wird ausgeführt —, die Rechtmässigkeit der Amtsausübung durch das tatsächliche Vorliegen, der in der Gesetzesbestimmung aufgezählten Voraussetzungen bedingt; in einigen Spezialvorschriften sei aber durch die Fassung als Wille des Gesetzes erkenntlich gemacht, dass die pflichtgemässe Annahme der gesetzlichen Voraussetzungen die Rechtmässigkeit der Vollstreckung auch bei ihrem Fehlen nicht in Frage stelle. In diese Kategorie werden hauptsächlich Bestimmungen mit einem etwas vagen Ausdruck gerechnet:

Wenn jemand eines Verbrechens « verdächtig » erscheint, wenn der Täter in « Fluchtverdacht » steht, soll er verhaftet werden, wenn « Gefahr im Verzuge » ist, darf der Beamte gewisse Handlungen vornehmen [27].

Die Literatur betrachtet derartige Vorschriften von ihrem Standpunkt aus als Ausnahmefälle. Sie übersieht aber dabei, dass die Anwendung derartiger Bestimmung nicht allein dem Vollstreckungsbeamten, sondern öfters andern Organen obliegt, und dass darum das pflichtgemässe Ermessen von Bedeutung ist, nicht nur wenn Vollstreckungs- und Konkretisierungsorgane zusammenfallen, sondern auch, wenn es getrennte Personen sind, z. B. beim Haftbefehl.

Diese Vorschriften sind nach den von uns aufgestellten

---

[27] S. a. H. G. B. § 706; Seem. O. § 41: Der sogenannte Seewurf bei drohender Gefahr.

Prinzipien zu beurteilen. Die oben dargelegten Grundsätze über den Irrtum des konkretisierenden Organs greifen auch hier Platz, und die genannten Fälle bilden keine Ausnahme, sondern eine Bestätigung der Regel. Wir brauchen uns nur zu vergegenwärtigen, dass die Pflichtmässigkeit im Gegensatz zur Pflichtwidrigkeit und zur Böswilligkeit steht, und dass somit die Annahme der Pflichtmässigkeit derjenigen der Böswilligkeit entgegensteht. Dann steht auch fest, dass die in pflichtgemässem Ermessen vorgenommene Konkretisierung der Gesetzesbestimmung niemals die Unrechtmässigkeit der Vollstreckung bewirken kann.

Das spezifische der genannten Fälle besteht eigentlich nur darin, dass das abstrakte Gesetz hier ein viel grösseres Volumen hat, dass es also viel mehr Gesetzesanwendungen in sich aufnehmen kann, als die sonst üblichen Gesetzesbestimmungen, und dass eine echte und richtige Konkretisierung nicht an zu strenge Voraussetzungen gebunden ist. Vergleichbar sind diese Fälle den Blankettgesetzen. Wie dort die Lücken des Gesetzes durch Verordnungen ausgefüllt werden, so hier durch das richterliche Ermessen des einschreitenden Beamten. Der Beamte wird hier zum Gesetzgeber der Situation[28]. Der Unterschied ist also hier kein prinzipieller, sondern ein gradueller. Das grundsätzliche Verhältnis der Konkretisierung zum abstrakten Gesetz bleibt das gleiche. Nur wird wegen des grösseren Spielraums, welcher der Beurteilung gelassen wird, meist eine echte und richtige Konkretisierung vorliegen. So wenig nun die Rechtmässgikeit der richterlichen Entscheidung zu Zweifeln Anlass gibt dann, wenn der Richter aus Unkenntnis über gewisse Tatumstände die Sachlage unzutreffend beurteilt, so wenig auch diejenige

---

[28] § 811, Z. 2, Z. P. O.: Der Pfändung sind nicht unterworfen, die für den Schuldner, seine Familie, sein Gesinde, auf vier Wochen erforderlichen Nahrungs-, Feuerungs- und Beleuchtungsmittel.

Das Gesetz bestimmt hier nicht ein für allemal die Menge Fleisch, Kohlen oder Petroleum, die dem Schuldner nicht gepfändet werden dürfen, sondern hierüber entscheidet nach richterlichem Ermessen in jedem Einzelfall der Gerichtsvollzieher, unter Berücksichtigung der Zahl der Familienangehörigen.

des Vollstreckungsbeamten, wenn infolge unbekannter und für ihn nicht erkennbaren Umstände sein Einschreiten nicht am Platze gewesen wäre (Irrtum über tatsächliche Voraussetzung), mit andern Worten, die Echtheit der Konkretisierung darf nicht vom Standpunkt der nachträglichen Prognose beurteilt werden. Nur die dem Beamten bei seinem Einschreiten bekannten Tatsachen, können der Nachprüfung zugrunde gelegt werden [29].

---

[29] Zur Illustration möge die Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. V, S. 297 ff., angeführt werden, deren Begründung der Lage des Falles durchaus entspricht.

Ein Gerichtsvollzieher hatte im Eigentum der Ehefrau des Schuldners stehendes Geld gepfändet. Trotz sachlicher Unrichtigkeit seiner Pfändung sei seine Amtsausübung eine rechtmässige.

Aus den Gründen: « Es kann nicht davon die Rede sein, dass der Gerichtsvollzieher, wenn er auf Widerspruch seitens des Schuldners oder einer dritten Person stösst, durch denselben unter allen Umständen von der Durchführung der Zwangsvollstreckung sich abhalten lassen müsste oder auch nur dürfte. Er hat pflichtgemäss zu prüfen, ob das ihm entgegenbrachte Vorbringen glaubhaft, und ob es auch erheblich sei. Wenn daher die Prozessordnung nur die in Gewahrsam des Schuldners stehenden Sachen der Pfändung unterwirft, so ist der Gerichtsvollzieher verpflichtet, zu prüfen, ob eine Sache, die sich ihm zur Ausführung einer Pfändung darbietet, im Gewahrsam des Schuldners stehe, und von der Pfändung abzulassen, wenn er sich überzeugt, dass sie in Gewahrsam eines nicht zur Herausgabe bereiten Dritten steht. Führt ihn aber die angestellte Prüfung zur Annahme, dass der Schuldner im Besitze der Sache ist, so macht die materielle Unrichtigkeit dieser Annahme die Pfändung nicht zu einer unrechtmässigen Amtsausübung. Mit Rücksicht auf frühere Vorkommnisse und auf den Umstand, dass der Ehemann früher Vermögen besessen, hatte der Gerichtsvollzieher Grund, den Erklärungen der Ehefrau über die Eigentum- und Besitzverhältnisse zu misstrauen. Durfte aber der Beamte nach den seine Amtsbefugnisse regelnden Gesetzesvorschriften so handeln, wie von ihm geschehen, so muss ihm der strafrechtliche Schutz zur Seite stehen. »

3. Kapitel.

§ 8. Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung als Merkmal des subjektiven Tatbestandes.

(Die irrtümliche Annahme der Rechtswidrigkeit der Amtshandlung als Rechtfertigungsgrund.)

Wir stehen am Ende des wichtigsten Teils unserer Untersuchung. Der Vollständigkeit halber ist noch kurz auf die Beziehungen der Rechtmässigkeit der Amtsausübung zum subjektiven Tatbestand einzugehen. In ausführlicher Weise ist bereits von anderer Seite der Stoff behandelt worden[1]. Wir beschränken uns darum auf eine kurze Zusammenfassung der massgebenden Gesichtspunkte und Ansichten und auf eine kritische Würdigung dieser.

Für den § 113 steht allein eine vorsätzliche Begehung in Frage; eine fahrlässige Begehung ist straflos. Da nun nach § 59 dem Täter die ihm unbekannten Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, nicht zugerechnet werden dürfen[2], da also zum Vorsatz die Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände erforderlich ist, so fragt es sich: welches sind die Tatumstände des § 113? Ist die Rechtmässigkeit der Amtsausübung ebenfalls einer dieser Tatumstände? Muss der Vorsatz des Täters sie mitumfassen, damit Strafe eintreten kann? Ist die Rechtmässigkeit der Amtsausübung ein Deliktsmerkmal oder nur ein Strafbarkeitsmerkmal (Binding)? Ist sie ein Tatumstand oder nur eine Bedingung zur Strafbarkeit?

Die Frage ist in der Literatur bestritten.

Darüber herrscht Einigkeit, dass der Vorsatz des Täters mitumfassen muss, dass er einem Beamten gegenübertritt, und dass dieser in Ausübung des Amtes sich befunden habe. Bei dieser Formulierung stellt man natürlich die Ausübung des Amts der r e c h t m ä s s i g e n Amtsausübung gegenüber. Man verneint, dass beide Begriffe gleichbedeutend sind, und

---

[1] S. Guggenheimer, Hiller, Flesch.

[2] § 59. St. G. B.: « Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen. »

will hervorheben, dass der Täter wissen muss, der Beamte nehme eine Amtshandlung, nicht eine Privathandlung vor. Wie man zu dieser Frage Stellung nehmen mag, kann hier nicht von Interesse sein, wenn man sich darüber klar ist, dass beiden Formulierungen eine verschiedene Bedeutung zukommt, und dass nur die rechtmässige Amtsausübung zu Zweifeln Anlass geben kann. Also von der Amtsausübung im engeren Sinne, von der rechtmässigen Amtsausübung ist hier die Rede. Die Formulierung ist gleichgültig, wenn man sich nur über die Tragweite des Ausdrucks einig ist.

Falls nun der Täter Widerstand leistet im Glauben, er sei zu Unrecht angegriffen, der Beamte finde sich in nicht rechtmässiger Amtsausübung, so stimmt seine Vorstellung mit dem tatsächlichen Sachverhalt nicht überein, er befindet sich im Irrtum. Wir sollten darum eigentlich hier wieder auf dieselben Kontroversen wie in der Irrtumslehre stossen. Wider Erwarten verschieben sich aber die Gesichtspunkte in ganz eigentümlicher Weise und mit sonderbarer Begründung.

Wir wollen die Ansicht der Gegner voranschicken, d. h. derjenigen, die den Irrtum des Täters über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung für irrelevant erklären[3]. Sie berufen sich vor allem auf die Entstehungsgeschichte des § 113, insbesondere auf folgende Worte des Abg. Dr. Meyer:

« Hier handelt es sich nur darum, inwieweit der Staatsbürger berechtigt sein soll, gegen einen gesetzwidrigen Angriff eines Beamten sich zu wehren. Denn dass, wenn der Beamte rechtmässig verfährt, jeder Widerstand gegen ihn strafbar sein soll, darüber herrscht kein Streit. »

Dann wird die Behauptung aufgestellt, die Amtsausübung des Beamten habe die Vermutung der Legalität für sich. Der sich Widersetzende handle darum auf eigene Gefahr[4].

---

[3] Schütze, S. 266; John, S. 118 u. 124; Lukas, S. 242 u. Subjekt. Versch., S. 26 u. 27; Bolze, S. 394; Neumann, S. 224; Rüd.-Stenglein, zu § 113, Nr. 10; Schwarze, S. 325; Oppenhof zu § 113, Nr. 24; Kallina, S. 80; Berner, S. 391 (jedoch ungewiss, ob hier nicht lediglich die Ansicht des Reichsgerichts angeführt wurde), und das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen; Köhler, Rechtsirrtum, München 1904, S. 52 ff.

[4] S. Urteil des Obersten Landes-Gerichts München, im Arch. f. Str.

Auf das persönliche Meinen des Täters könne keine Rücksicht genommen werden, da sonst der Beamte dem Bürger ausgeliefert sei, und darum die Befürchtung nahe liege, die Exekutive werde erlahmen. Es sei darum undenkbar und widerspreche einer rationellen Auslegung und der Staatsraison, die Rechtmässigkeit der Amtsausübung als Deliktsmerkmal aufzufassen. Ganz besonders hat das Reichsgericht diesen Standpunkt in konsequenter Rechtsprechung vertreten. Erwähnt seien hier einige Stellen aus den Entscheidungen Bd. IV., S. 423 und Bd. III, S. 18:

« Allerdings stellt die Vorschrift des § 59 einen das Strafgesetz beherrschenden Grundsatz dar. Dies schliesst aber nicht aus, dass der Gesetzgeber bei bestimmten, strafbaren Handlungen diesen Grundsatz für nicht anwendbar erklärt, und ebensowenig greift derselbe Platz, wo diese Nichtanwendung auch ohne ausdrücklichen Ausspruch sich ergibt. Die Entstehungsgeschichte und die besondere Natur der Gesetzesvorschrift ergeben, dass § 59 hier nicht anwendbar ist. Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung ist objektiv eine Bedingung der Strafbarkeit; die Strafbarkeit ist nicht unter des Täters Urteil über die Rechtmässigkeit gestellt, daher bleibt seine Meinung der Unrechtmässigkeit irrelevant. Die staatliche Autorität erfordert unbedingte Unterwerfung bei Rechtmässigkeit der Amtsausübung. Bei Prüfung der Rechtmässigkeit trägt der Täter die Gefahr. » « Es wäre nicht gerechtfertigt, dem in rechtmässiger Amtsausübung befindlichen Beamten den im Strafgesetzbuch liegenden Schutz deswegen zu entziehen, weil derjenige, der ihm Widerstnad leistet, der irrigen Meinung oder Ueberzegung ist, seine Amtsausübung sei keine rechtmässige. Die Annahme erscheint begründet, dass es sich bei dem vom Reichstag beschlossenen Zusatz nicht um Aufnahme eines Tatbestandsmerkmals gehandelt habe, auf welches Wissen und Willen des Täters, wenn er bestraft sein soll, sich zu erstrecken hat. »

Zunächst sei festgestellt, dass das Reichsgericht hier mit seinem sonst vertretenen Standpunkt in Widerspruch gerät.

1905, S. 429: « Dem Beamten steht die Vermutung der Gesetzlichkeit seines Vorgehens zur Seite. »

Der Irrtum des Täters über die Rechtmässigkeit kann zwar auch ein Strafrechtsirrtum sein, da ja für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung alle Rechtsmaterien, und darum auch das Strafrecht in Betracht kommen kann. Dies wird jedoch nur in seltenen Fällen zutreffen, meist wird es sich um einen ausserstrafrechtlichen Irrtum (Zivilrecht, Verwaltungsrecht) handeln. Dieser wäre darum dem Tatirrtum gleichzustellen und müsste vor Strafe schützen. Die Abweichung von den Prinzipien ist aber in bewusster Weise erfolgt; das Reichsgericht betrachtet den § 113 als einen Ausnahmefall, der die Geltung der gemeinen Regeln nicht zulasse und führt zum Belege einige positive Gründe an. Sie sind auf ihre Berechtigung zu prüfen.

A limine abzuweisen ist die Vermutung der Legalität der Amtshandlung und die praesumptio doli auf Seiten des Täters Die Annahme dieser Grundsätzen steht in schroffem Widerspruch mit den Prinzipien unseres Strafrechts, und ohne eine besondere Gesetzesbestimmung können sie nicht aufgestellt werden. Gesetzesregeln können nur durch spezielle Gesetzesvorschriften durchbrochen werden.

Verfehlt ist auch das Argument aus der Entstehungsgeschichte. Selbst wenn man die Ansicht vertritt, massgebend für die Auslegung sei nicht etwa der Wille des Gesetzes sondern derjenige des Gesetzgebers, so muss dieser doch auch im Gesetz seinen Ausdruck gefunden haben. Dann ist es auch etwas gewagt, jeden Abgeordneten, der sich zu irgend einer Gesetzesstelle geäussert hat, als Gesetzgeber zu betrachten. Was sich der einzelne Abgeordnete über die Gesetzesvorschrift gedacht hat, welche Tragweite er ihr beigemessen, ist für die Auslegung meist ohne Bedeutung, da ja bekanntlich die Mehrzahl der Reden im Reichstag für die Wähler gehalten werden. Der Abgeordnete Schwarze hat den entgegengesetzten Standpunkt vertreten. Alle Reden im Reichstag bezogen sich zudem auf das Amendement Fries; die jetzige Fassung des Gesetzes wurde in dritter Lesung auf Antrag Lasker o h n e D e b a t t e angenommen. Wenn darum eine Auslegungsregel, die an die Entstehungsgeschichte anknüpft, schon an und für sich mit Vorsicht zu bewerten ist, so ist sie hier erst recht unbeachtlich.

Das Hauptargument des Reichsgerichts ist jedoch krimi-

nalpolitischer Art. Der Grundsatz der Unantastbarkeit der Staatsautorität soll soweit gehen, dass selbst die schuldlose Verletzung ihres Repräsentanten der Strafe verfällt. Ueber die Berechtigung dieses Satzes kann man streiten [5], soviel steht aber fest, dass unser Strafgesetz auch nicht den geringsten Anhaltspunkt für seine Geltung enthält. Nichts, weder in der Fassung, noch in der Tendenz des Gesetzes lässt diese Deutung zu. Das Reichsgericht macht sich geradezu einer petitio principii schuldig; es wirft sich zum Anwalt und Sprecher der Bürokratie auf, und die gegen die Gesetzesvorschrift gerichteten, schweren Angriffe und Vorwürfe sind mit dieser unzutreffenden und mit § 59 St. G. B. in schwerstem Widerspruch stehenden Auslegung des Reichsgerichts in Zusammenhang zu bringen.

Eine vermittelnde Ansicht (abw. von seiner Monographie S. 73) vertritt Hiller im G. S. Bd. XXVII, S. 14 ff. Er unterscheidet, ob der Irrtum über die Rechtsmässigkeit auf einem Verkennen der einschlagenden Rechtsvorschriften oder auf einer falschen Würdigung der tatsächlichen Voraussetzung beruht. Im ersteren Falle könne dem Täter immer dolus eventualis zur Last gelegt werden; nur im zweiten Falle sei der Irrtum beachtlich.

Die Scheidung Hiller's ist willkürlich, sie ist auch undurchführbar. Mit derselben Berechtigung kann die Behauptung aufgestellt werden, auch bei Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen könne dem Täter immer der dolus eventualis nachgewiesen werden, und damit stossen wir wieder auf oben zurückgewiesene praesumptio doli.

Als richtig kann daher nur die Ansicht anerkannt werden, dass die Rechtmässigkeit der Amtsausübung als Tatumstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, oder als Tatbestandsmerkmal zu betrachten ist, und dass die irrtümliche Annahme der Rechtswidrigkeit einen Rechtfertigungsgrund bildet [6].

---

[5] M. E. Mayer, Vergl. Darst, S. 456: « Es wird richtiges Recht gesprochen auf Kosten der richtigen Jurisprudenz. »

[6] Derselben Ansicht: Liszt, S. 571; Frank, S. 225; Merkel, S. 391; M. E. Mayer, Vergl. Darst, S. 455; Binding, Lehrb. Bd. II, S. 779; Normen, Bd. II, S. 587; Thomson, S. 233; Meyer-Allfeldt, S. 641;

Zunächst ist festzustellen, dass die Rechtmässigkeit ein Tatumstand im Sinne des § 59 St. G. B. ist. Zwar ist zuzugeben [7], dass die Rechtmässigkeit immer das Resultat einer geistigen Denkoperation ist, und dass sie auch wie alle unser Beegriffe eine Abstraktion ist. Unsere Wissenschaft hat sich der Kürze und besseren Uebersichtlichkeit wegen eine Begriffswelt gebildet. Diese Eigenschaft als Rechtsbegriff schliesst aber nicht aus, dass die Rechtmässigkeit der Amtsausübung nicht auch als Tatumstand aufzufassen ist. Dies aus zwei Gründen.

Unbestritten ist in der Literatur, dass nicht nur Tatsachen, sondern auch Rechte, Rechtsverhältnisse und rechtliche Beziehungen in gewissem Umfange [8] als Tatumstände anzusehen sind. Nur über die Grösse des Radius dieses Kreises herrschen Meinungsverschiedenheiten. Eine strikte Umgrenzung in einer allgemein gültigen Formel ist schwer erreichbar, und wohl direkt unmöglich, da die relevanten, rechtlichen Beziehungen zu den verschiedenartigsten Rechtsgebieten gehören. Frank, S. 136, geht darum mit Recht bei Lösung der Frage von der Natur der einzelnen Delikte aus und stellt als obersten Grundsatz auf: « Zum Vorsatz gehört das Bewusstsein, dass sich die Handlung gegen dasjenige Interesse (Rechtsgut) oder diejenige spezielle Pflicht richtet, wogegen sie sich nach dem objektiven Tatbestand zu richten hat. » Da nun die spezielle Pflicht zur Duldung des staatlichen Eingriffs nur bei Rechtmässigkeit der Amtsausübung besteht, so gehört das Bewusstsein dieser Rechtmässigkeit zum Vorsatz des Täters. Unter den Konsequenzen, die er aus dem Prinzip zieht, erwähnt Frank (S. 137 unter 3) noch ausdrücklich den Fall des § 113. Die

---

Hälschner, Bd. II, S. 815; Flesch, S. 111; Olshausen, Nr. 28 zu § 113; v. Streit, S. 109; Guggenheimer, S. 29; Pfeifer, S. 45; Eberhard, S. 69; Goldschmidt, Festz., S. 126.

[7] Siehe hierzu die interessanten Ausführungen von Schweizer: « Zur Lehre vom Irrtum » über den Begriff die « Rechtswidrigkeit », S. 84 fg.

[8] Nach dem Reichsgericht diejenigen, die auf ausserstrafrechtlichem Gebiete liegen. Nach Liszt, Lehrb. §§ 39, 40; Kahn, Der ausserstrafrechtliche Rechtsirrtum gehört zum Vorsatz die bewusste Unterordnung a l l e s Tatsächlichen und R e c h t l i c h e n unter die gesetzlichen Begriffe.

Rechtmässigkeit der Amtsausübung ist somit eine der rechtlichen Beziehungen, die dem Tatumstand gleichzustellen sind.

An sich ist es zutreffender, die Rechtmässigkeit der Amtsausübung als eine rechtliche Eigenschaft anzusehen. Zerlegt man sie jedoch in ihre Atome, so löst sie sich wieder in eine unendliche Anzahl von Tatsachen auf, und zwar in alle diejenigen, die wir im vorigen Kapitel besprochen haben, und jede dieser Tatsachen bildet dann wieder für sich einen Tatumstand. Irrt dann der Täter sich über eine oder mehrere dieser Tatsachen, so fehlt in seiner Vorstellung eines der Erfordernisse, die die Rechtmässigkeit ausmachen, und das Fehlen dieser Tatsachen schliesst dann nach § 59 den Vorsatz aus.

Der Tatumstand des § 113 ist ferner kein solcher, der eine Bedingung der Strafbarkeit bildet, sondern er gehört zum gesetzlichen Tatbestand. Dies geht aus der gesetztechnischen Fassung der Bestimmung hervor. Wir werfen einen Blick auf die §§ 139, 170, 172, 210, 186 St. G. B., von denen jeder unbestrittenermassen eine Bedingung der Strafbarkeit enthält, und konstatieren: Ueberall da, wo der Gesetzgeber ein Strafbarkeitsmerkmal statuieren wollte, kleidete er es in die Form eines Bedingungssatzes. Dies ist in § 113 nicht geschehen; folglich wollte der Gesetzgeber von der allgemeinen Regel nicht abweichen, nach der alle Verbrechensmerkmale zum gesetzlichen Tatbestand gehören; sonst hätte er sich der gesetzestechnischen Form bedient. Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung bildet somit keine Bedingung der Strafbarkeit; sie ist vielmehr in den gesetzlichen Tatbestand als Deliktsmerkmal aufgenommen worden, und somit muss der Vorsatz des Täters sie, wie auch die anderen Tatbestandsmerkmale, mitumfassen.

Noch von einem anderen Gesichtspunkte aus gelangen wir zu demselben Ergebnis. Das Widerstandsrecht ist ein Fall des Notwehrrechts. Glaubt nun jemand, unrechtmässig angegriffen zu sein — die Argumentation glückt nur dann, wenn sich die widerrechtliche Amtsausübung zum Angriff steigert — so übt er ein vermeintliches Notwehrrecht aus, er handelt in Putativnotwehr, und diese schliesst nach gemeiner Meinung[9] (a. A. Lsizt, S. 180) die Zurechnung zum Vorsatz aus.

[9] S. Frank, S. 139: « Logischerweise muss der Kenntnis derjenigen

Es gelten auch die Regeln über Notwehrexzesse. Wird das Mass der erforderlichen Verteidigung aus anderen Gründen als aus Furcht oder Schrecken überschritten, so kann zwar keine Verfolgung aus § 113 eintreten, wohl aber aus anderen Gesichtspunkten (Körperverletzung, Nötigung).

Wir verweisen noch auf ein drittes Argument. Wir haben im zweiten Kapitel nachgewiesen, dass das Wort « Rechtmässig » dem Ausdruck « rechtswidrig » in anderen Paragraphen des Strafgesetzes entspricht. Nun wird fast allgemein anerkannt[10], dass, wo dieses Merkmal in den besonderen Tatbestand des Verbrechens aufgenommen ist, der Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit mit umfassen muss[11]. Darum muss auch hier der Täter gewusst haben, dass er in rechtswidriger Weise Widerstand leistet oder umgekehrt einer rechtmässigen Amtshandlung gegenübersteht[12].

Keiner Erwähnung bedarf es wohl, dass hier öfters als bei anderen Delikten dem Täter dolus eventualis zur Last fallen wird[13]. Vielfach wird der Täter noch im Zweifel sein, über die Unrechtmässigkeit der Amtshandlung. Er wird sich dann sagen müssen, dass der Staatsbeamte besser mit den Gesetzen vertraut ist als er selbst. Leistet er trotz dieses Zweifels Widerstand, so hat er denselben auch für den Fall gewollt, dass der Beamte sich in rechtsmässiger Amtsausübung befindet. Seine Schuld bleibt voll bestehen, und die Verurteilung aus vorsätzlicher Begehung ist gerechtfertigt.

Tatumstände, welche die Rechtswidrigkeit begründen, die irrtümliche Annahme eines solchen gleichstehen, der sie ausschliesst. » Hippel, Vergl. Darst., Allg. Teil, Bd. II, S. 50, der Täter hat in Fällen dieser Art einen Tatbestand angenommen, dessen Verwirklichung überhaupt nicht unter Strafe steht, sondern rechtlich erlaubt ist.

[10] a. A. Schweizer, S. 84.

[11] R. G. E., Bd. XIX, S. 87, Bd. XX, S. 393.

[12] Frank, S. 140, der nicht ganz auf dem Boden dieser Ansicht steht, würde sie für vorliegenden Fall teilen; er führt aus: « Wenn das Wort rechtswidrig bedeutet, dass bei Vorhandensein einer besonderen Befugnis (hier Notwehrrecht) die Rechtswidrigkeit entfällt, so wird durch die, wenn auch auf Rechtsirrtum beruhenden Annahme einer solchen Befugnis der Vorsatz ausgeschlossen. »

[13] Ein Grund zur Modifikation der allgemeinen Regeln über dolus eventualis besteht nicht; a. A. Mersmann, S. 122.

ANHANG

§ 9. Betrachtung de lege ferenda im Anschluss an einige Strafgesetzentwürfe.

Eine Darstellung, in der nur das geltende Recht Berücksichtigung fände, wäre unvollständig in einem Zeitpunkte, wo die deutsche Rechtswissenschaft an den Grundlagen eines neuen Strafgesetzbuches arbeitet. Wir haben darum noch mit einigen kurzen Worten auf die Vorschläge einzugehen, die zur Aenderung des § 113 St. G. B. gemacht worden sind, und die in einigen gesetzgeberischen Entwürfen[1] ihren Niederschlag gefunden haben.

Dem künftigen Strafgesetzbuch sind gewisse Wege bezgl. der systematischen Stellung des Delikts vorgezeichnet. Es muss vor allem das zwiespältige Verhältnis der jetzigen §§ 113 und 114 vermieden werden, und darum ist der Nötigung zur Vornahme einer Amtshandlung (§ 114), die Nötigung zur Unterlassung zwar gegenüberzustellen, aber beide Tatbestände sind in einem einheitlichen Paragraphen zusammenzufassen. Diese Zusammenfassung und Anlehnung an § 114 St. G. B. hat zur Voraussetzung die Ersetzung des im jetzigen § 113 R. St. G. B. aufgestellten Begriffs der « Widerstandsleistung » durch den etwas weiteren der « Nötigung zur Unterlassung einer Amtshandlung », sie bedingt aber auch andrerseits eine Ausdehnung des Strafschutzes über den Kreis der Vollstreckungsbeamten hinaus auf alle Repräsentanten der Staatsgewalt und Vertreter

[1] Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909. — Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, April 1908. — Vorentwurf zu einem Oesterreichischen Strafgesetzbuch, September 1908. — Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuch, Berlin, 1911.

der Staatsautorität. In diesen Forderungen herrscht in Wissenschaft und Praxis Einigkeit. Um so grösser ist jedoch die Verschiedenheit der Ansichten über die Qualifikation der Amtshandlungen bei der Nötigung zur Vornahme sowohl, wie bei der Nötigung zur Unterlassung, und in den Gesetzentwürfen hat dieser Gegensatz zu den verschiedenartigsten Regelungen geführt.

Der Schweizer Entwurf gewährt bei der Nötigung zur Unterlassung nur der rechtsmässigen Amtshandlung den besonderen Strafschutz; die Fassung des Paragraphen [2] ist knapp und klar.

Der Oesterreichische Entwurf ist weitläufiger. In den §§ 154, 155 [3] ist die Nötigung zur Unterlassung streng getrennt von der Nötigung zur Vornahme einer Amtshandlung welche in den §§ 156, 157 [4] behandelt wird. Sämtliche Handlungen

---

[2] § **200,** Tätlicher Widerstand gegen Beamte. 1. Wer einen Beamten durch Gewalt oder Drohung an einer rechtmässigen Amtshadlung hindert, zu einer Amtshandlung nötigt oder während einer Amtshandlung tätlich angreift, wird mit Gefängnis bestraft.

[3] § **154,** 1. « Wer gegen eine Person des öffentlichen Dienstes Gewalt anwendet, oder sie mit einem rechtwidrigen Nachteil an Körper, Freiheit, Ehre oder Vermögen bedroht, um die Vornahme einer Amtshandlung oder Dienstverrichtung zu hindern, wird mit Gefängnis oder Haft von zwei Wochen bis zu zwei Jahren bestraft. »

Abs. III: « Die Bestimmungen sind nicht anzuwenden, wenn die Handlung, gegen die sich der Widerstand richtet, ein Missbrauch der Amtsgewalt begründet, oder wenn die Person des öffentlichen Dienstes zur Vornahme der Handlung nach ihrem Wirkungskreise nicht berufen war. »

§ **155:** « Wer eine Person des öffentlichen Dienstes mit einem Nachteil an Freiheit, Ehre oder Vermögen, zu dessen Zufügung er berechtigt ist, bedroht, um die rechtmässige Vornahme einer Amtshandlung oder Dienstverrichtung zu hindern, wird wegen Vergehens, mit Gefängnis oder Haft von drei Tagen bis zu sechs Monaten bestraft. »

[4] § **156, 1.** Wer gegen eine Person des öffentlichen Dienstes Gewalt anwendet, oder sie mit einem rechtswidrigen Nachteil an Körper, Freiheit, Ehre oder Vermögen bedroht, um sie zur rechtswidrigen Vornahme einer Amtshandlung oder Dienstverrichtung zu nötigen, wird mit Gefängnis oder Haft von zwei Wochen bis zu zwei Jahren bestraft.

§ **157.** Wer eine Person des öffentlichen Dienstes mit einem Nach-

werden bereits im Versuchsstadium erfasst. Dann wird unterschieden nach den Handlungen und nach den Mitteln. Bei der Nötigung zur Unterlassung ist bei Berechtigung des Mittels die Rechtmässigkeit der Amtsausübung Tatbestandsmerkmal; bei Verwerflichkeit des Mittels (Gewalt und rechtswidrige Drohung) kommt es im allgemeinen auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung nicht an; die Hinderung an sich ist strafbar; doch bildet der Missbrauch der Amtsgewalt und die (örtliche und sachliche) Unzuständigkeit des einschreitenden Beamten[5] einen Strafausschlussgrund. Bei der Nötigung zur Vornahme ist die Rechtswidrigkeit der vorzunehmenden Amtshandlung Voraussetzung der Strafbarkeit. Die Berechtigung des Mittels bildet nur ein Strafmilderungsgrund.

Zur Präzision diene folgendes Schema:

I. Nötigung zur Unterlassung:
- 1. mit unerlaubten Mitteln.
  - a) Im allg. schlechthin strafbar, ohne Rücksicht auf die Rechtmäsigkeit der Amtsausübung (§ 154, Abs. I).
  - b) Missbrauch d. Amtsgewalt und Unzuständigkeit des einschreitenden Beamten, Strafausschlussgründe (§ 154, Abs. III).
- 2. mit erlaubten Mitteln.

  Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung ist Tatbestandsmerkmal (§ 155).

II. Nötigung zur Vornahme.

Die Rechtswidrigkeit der Amtshandlung ist Tatbestandsmerkmal (§§ 156, 157): Wendet der Täter erlaubte Mitel an, so ist dies ein Strafmilderungsgrund (§ 157).

---

teil an Freiheit, Ehre oder Vermögen, zu dessen Zufügung er berechtigt ist, bedroht, um sie zur rechtswidrigen Vornahme einer Amtshandlung oder Dienstverrichtung zu nötigen, wird wegen Vergehens mit Gefängnis oder Haft von drei Tagen bis zu sechs Monaten bestraft.

[5] Hier in dem weiteren Sinne der Oestr. Bestimmungen gleich Person des öffentlichen Dienstes.

In der Art der Anlage, wie auch in der Qualifikation der Amtshandlungen sind die Bestimmungen des Oesterreichischen Entwurfs die gesetzgeberische Verwirklichung der Vorschläge M. E. Mayer's in der Vergleichenden Darst. Bes. T. Bd I., S. 510, 511.

Der Deutsche Vorentwurf [6] hat sich mehr dem Vorbild des Schweizer Entwurfs angeschlossen. Bei der Nötigung zur Unterlassung bildet die Rechtmässigkeit der Amtsausübung ein Tatbestandsmerkmal. Die Nötigung zur Vornahme hingegen wird schlechthin ohne Rücksicht auf die Rechtswidrigkeit der Amtshandlung gestraft [7]. Geschützt sind Behörden und Beamte, nicht allein die Vollstreckungsbeamten wie im § 113. Da die Legaldefinition des Vorentwurfs [8] im Gegensatz

---

[6] § **126,** V. E. (bestehend aus den §§ 113, 114, 117, 118, 119, St. G. B.): Wer versucht, eine Behörde oder einen Beamten durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu einer Amtshandlung zu nötigen, oder an der Vornahme einer rechtmässigen Amtshadlung zu hindern, oder wer einen zur Vornahme von Vollstreckungen oder zum Forst-, Jagd- oder Fischerei-Schutz berufenen Beamten, oder eine zu deren Unterstützung zugezogene Person, während der rechtmässigen Ausübung des Amtes tätlich angreift, wird mit Gefängnis, bei mildernden Umständen, mit Haft bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 3000 Mk. bestraft. Diese Strafvorschrift findet entsprechende Anwendung, wenn die Handlung gegen Mannschaften der bewaffneten Macht oder einer zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit obrigkeitlich bestellten Wehr begangen wird.

Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher einen Waldeigentümer, einen Forst-, Jagd- oder Fischereiberechtigten oder einen von ihnen bestellten Aufseher an der Ausübung des Forst-, Jagd- oder Fischereischutzes, durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu hindern versucht oder während dieser Ausübung tätlich angreift.

Ist der Beamte oder eine der in Abs. 1 und 2 sonst genannten Personen durch die Handlung in schwere, persönliche Gefahr geraten, oder erheblich verletzt worden, so ist die Strafe Gefängnis nicht unter drei Monaten, in besonders schweren Fällen (§ 84) Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

[7] Anders der Gegenentwurf, § 135, Abs. 1. Nur die Nötigung zur Vornahme einer rechtwidrigen Amtsausübung geniesst den Strafschutz.

[8] V. E., § 12, Z. 3. Das Gesetz versteht unter einem Beamten eine Person, die zur Ausübung eines öffentlichen Amtes berufen ist.

zum staatsrechtlichen und dem Beamtenbegriff des § 359 St. G. B. sich auf alle Amtsträger erstreckt, d. h. auf Personen, die ohne Beamte zu sein, doch Funktionen von solchen ausüben, erhält die Vorschrift auch hierdurch wieder einen weiteren Spielraum. Die Erwähnung der Behörden wäre strikte nicht notwendig gewesen, da ja die Gewalt und Drohung mit Gewalt sich immer nur gegen eine Person richten kann, und die eine Behörde vertretende Person immer auch Beamter im Sinne des Vorentwurfs sein muss. Abweichend vom Schweizer Entwurf ist schon der Versuch unter Strafe gestellt. Besonders erwähnt ist der tätliche Angriff auf den Vollstreckungsbeamten während rechtmässiger Amtsausübung. Dieser letzte Tatbestand wäre entbehrlich gewesen. Sachlich ist, nachdem schon der Versuch der Hinderung geahndet wird, kein besonderer Gewinn erzielt, und formell wird die Bestimmung durch eine überflüssige Betonung schwerfällig. Die strafbaren Handlungen würden auch ohne besondere Hervorhebung des tätlichen Angriffs dadurch, dass schon der Versuch [9] der Strafe unterworfen ist, genügend erfasst.

Der Kreis der den Beamten gleichgestellten Personen ist schon durch die Einbeziehung des § 117 St. G. B. in die Gesetzesvorschrift modifiziert; ausserdem sind noch geschützt, die zur Unterstützung zugezogenen Personen, Mannschaften der bewaffneten Macht und zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit obrigkeitlich bestellte Wehren.

Die Regelung des Vorentwurfs bedeutet einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht. Die vorgenom-

---

[9] Anders der Gegenentwurf, wo nur das vollendete Verbrechen erfasst wird.

§ **135.** Gegenentwurf: Wer eine Behörde oder einen Beamten durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zur Vornahme einer rechtswidrigen oder zur Unterlassung einer rechtmässigen Amtshandlung nötigt oder einen zur Vornahme von Vollstreckungen oder zum Forst-, Jagd- oder Fischereischutz berufenen Beamten, oder eine zu deren Unterstützung zugezogene Person, während der rechtmässigen Ausübung des Amtes tätlich angreift, wird mit Gefängnis bestraft.

Abs. 3. In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden.

menen Aenderungen sind zweckmässig und entsprechen durchaus der Billigkeit. Trotzdem sind die Erwartungen, die in das neue Recht gesetzt wurden, zum Teil unerfüllt geblieben. Dies ist um so auffallender, als die Vergleichende Darstellung M. E. Mayers eine Fülle von Anregungen gegeben, die die Begründung des Vorentwurfs unerörtert gelassen hat. Bei eingehender Betrachtung finden sich zahlreiche Lücken. Es werden Fragen übergangen, die der Gesetzgeber nicht unentschieden lassen durfte.

Es ist zunächst nicht zu erkennen, ob auch der ausländische Beamte den Strafschutz geniesst. Auf Grund der Legaldefinition in § 12 Ziffer 3 dürfte auch der ausländische Beamte geschützt sein, während andrerseits die Voranstellung der Verbrechen und Vergehen gegen ausländische Staaten im 5. Abschnitt zum entgegengesetzten Resultat führt. Jedenfalls musste hier, da die Möglichkeit einer Kontroverse besteht, eine unzweideutige Stellungnahme erfolgen. Dies haben auch die Verfasser des Gegenentwurfs erkannt, und in Uebereinstimmung mit der in Wissenschaft und Praxis herrschenden Tendenz der ausländischen Staatsgewalt durch eine gesonderte Bestimmung [10] Strafschutz gewährt. Ein Bedürfnis hierfür besteht zweifellos [11]; man denke an die Verhältnisse im Grenzverkehr, oder an ein Tätigwerden der ausländischen Beamten auf Ersuchen der inländischen Regierung. Die Vorschrift des Gegenentwurfs ist in ihrer Fassung eine durchaus glückliche. Schon die systematische Anordnung ist durchsichtig. Die Verletzung der ausländischen Staaten wurde im 7. Abschnitt hinter « die Angriffe auf die Staatsgewalt » gestellt. Dadurch wurde zum Ausdruck gebracht, dass die Angriffe gegen ausländische Staaten im allgemeinen

---

[10] **§ 169,** Gegenentwurf: Wer die im § 135, Abs. 1, S. 1, bezeichnete strafbare Handlung gegen eine Behörde oder einen Beamten eines ausländischen Staates begeht, wird mit Gefängnis bestraft, sofern dem Reiche die Gegenseitigkeit verbürgt ist. § 135, Abs. 1, S. 2, Abs. 3, § 136, finden Anwendung.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der ausländischen Regierung ein.

[11] Die angefochtene Rechtsprechung des Reichsgerichts rechtfertigt sich deshalb aus Zweckmässigkeitsgründen.

straflos bleiben, falls nicht, wie im § 159 Gegenentwurf, das Gesetz eine besondere Vorschrift geschaffen habe. Inhaltlich wird den berechtigten Interessen der inländischen wie der ausländischen Staaten Rechnung getragen. Es entspricht durchaus den Grundsätzen einer gesunden und realen Politik, dass eine geringere Strafe angedroht, und die Anwendung der Bestimmung vom Verbürgen der Gegenseitigkeit abhängig gemacht wird. Denn hierdurch wird indirekt auf Schutz der inländischen Staatsgewalt auch in ausländischen Staaten hingewirkt.

Die wörtliche Aufnahme der Vorschrift im künftigen Strafgesetzbuch kann darum nur empfohlen werden.

Der Vorentwurf hat weiter unentschieden gelassen, welche Bedeutung dem Merkmal der Rechtmässigkeit der Amtsausbung zukommt, ob es als Tatbestandsmerkmal oder als Strafbarkeitsmerkmal aufzufassen sei, mit anderen Worten, ob der Irrtum des Täters über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung einen Rechtfertigungsgrund bildet.

Auch die Begründung berührt die Streitfrage nicht. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die von der herrschenden Ansicht verworfen wird, hätte nun unbedingt zu einer Stellungnahme veranlassen müssen. Die neue Fassung ist nicht geeignet eine Klärung herbeizuführen. Beide Teile werden mit denselben Argumenten sich auf die Bestimmungen des Vorentwurfs berufen können. Ein unzweideutiger Hinweis wäre zum mindesten in der Begründung erforderlich gewesen. Sollte in der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Aenderung eintreten, so ist zwar gegen die Fassung nichts einzuwenden [12], die Begründung hätte sich jedoch über die Tragweite der Formulierung noch besonders äussern müssen. Sollte jedoch die Rechtsprechung auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden, so musste das Merkmal der Rechtmässigkeit in einen Bedingungssatz gestellt werden, um auch äusserlich erkennbar zu machen, dass es nur eine Bedingung der Strafbarkeit, und kein Tatbestandsmerkmal sei.

Diesen Bedenken hat sich die mit der Aufstellung eines Regierungsentwurfs betraute Strafrechtskommission, deren

[12] Siehe unsere Ausführungen im 3. Kapitel.

Beschlüsse der Oeffentlichkeit bekannt gegeben werden, nicht verschlossen. Ihr Vorsitzender Geheimrat Dr. Lucas teilt in der « D. J.-Z. » 1912 S. 423 ff. mit:

« In dem nun folgenden 6. Abschnitt « Widerstand gegen die Staatsgewalt [13] » einigte sich die Kommission zunächst bezgl. des § 126 dahin, dass es geboten sei, an der bisherigen Rechtsauslegung, wie sie durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts festgelegt sei, nichts zu ändern, jedoch hinsichtlich der im Abs. 1 erwähnten Beamten und gleichgestellten Personen im Gesetze selbst auszudrücken, dass die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, soweit sie von dem Paragraphen gefordert wird, lediglich eine objektive Voraussetzung der Strafbarkeit sei, auf welche sich das Bewusstsein des Täters nicht zu erstrecken braucht. Dies ist geschehen, indem im Absatz 1 das « rechtmässig », wo es im Vorentwurf vorkommt, zunächst gestrichen, und dann ein Zusatz gemacht ist, dass in diesen Fällen die Strafe nur eintritt, wenn die Amtsausübung rechtsmässig war. »

Noch eine weitere Ungewissheit wurde von der Kommission beseitigt dadurch, dass entsprechend dem Vorbild des Gegenentwurfs der Widerstand gegen die ausländische Staatsgewalt unter Strafe gestellt wurde. Lucas berichtet hierüber: « In Anlehnung an eine schon jetzt in Wissenschaft und Praxis vertretene Ansicht und zur Befriedigung eines hervorgetretenen Bedürfnisses ist eine weitere Vorschrift getroffen worden, nach der jemand, der Widerstand (§ 126 Abs. 1) gegen eine Behörde, oder einen Beamten eines Auslandes begeht, sofern dem Reich schon z. Zt. der Tat die Gegenseitigkeit verbürgt war, mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe bis zu 3000 Mark bestraft werden kann. Die Verfolgung tritt nur auf zurücknehmbaren Antrag der ausländischen Regierung ein [14].

[13] Von der Kommission umgeändert in « Angriffe auf die Staatsgewalt ».

[14] Die sonstigen Aenderungen der Strafrechtskommission sind geringfügiger Art. Sie beziehen sich hauptsächlich auf das Strafmass. Lukas erwähnt, S. 424 ff.: « Den dort (§ 126 Vorentwurf) bezeichneten Beamten sind die zum Feldschutz Berufenen hinzugefügt worden, da diese nicht allgemein, insbesondere nicht in allen Bundesstaaten als Vollstreckungs-

Der Vorentwurf und die Strafrechtskommission haben in der Frage der Auslegung des Begriffes der Rechtmässigkeit keine Stellung genommen. Die Kritik hat hier ebenfalls eingesetzt (s. Goldschmidt Reform Bd. II, S. 48—53), und man bezeichnet es als eine Aufgabe des künftigen Gesetzes durch eine Legaldefinition dem Streit der Theorien ein Ende zu machen. Dieser Kritik können wir uns nicht anschliessen. Im Gegenteil, unserer Ansicht nach würde durch Einschaltung einer Begriffsbestimmung die ganze Frage von der falschen Seite aus angefasst. Schon an und für sich ist es nicht zweckmässig, wenn das Gesetz bestrebt ist, alle vorhandenen Streitfragen selbst zu entscheiden. Damit wäre eine verderbliche Weitschweifigkeit verbunden, die das Gesetz auf die Stufe eines Lehrbuchs stellen würde. Die Fortentwicklung des Rechts würde gehemmt werden. Man darf nicht vergessen, dass oft mit der Zeit die Bedürfnisse sich ändern. Es wäre darum total verkehrt, das richterliche Ermessen durch eine Häufung von gesetzlichen Definitionen einzuengen. Der Richter würde dadurch den im Strafrecht so unentbehrlichen Spielraum, die Möglichkeit, einer Veränderung der Umstände gerecht zu werden, verlieren. Die Rechtsprechung wäre auf einem toten Punkt festgelegt. Diese prinzipiellen Bedenken

---

beamte anzusehen sind. Die Strafe ist milder als im Vorentwurf auf Gefängnis bis zu 3 Jahren, bei mildernden Umständen, Gefängnis bis zu einem Jahr, oder Geldstrafe bis zu 2000 Mk., bestimmt. Dass die Haft des V. E. wegfallen musste, versteht sich von selbst (auf Grund der vorausgehenden Beschlüsse der Kommission). Ihre Ersetzung ist durch Gefängnis erfolgt, weil die Einschliessung hier nicht angemessen erschien. Sonst ist an diesem Absatz, sowie an Abs. 2 sachlich nichts geändert. Insbesondere ist die vom Vorentwurf vorgenommene Zusammenfassung der §§ 113, 114, 117, St. G. B. aufrechterhalten geblieben. Im Tatbestand der erschwerenden Umstände (Abs. 3) ist nur die zweite Alternative « oder erheblich verletzt » als schon durch die erste gedeckt, und daher überflüssig gestrichen worden. Die im Vorentwurf erfolgte Erstreckung der erschwerenden Umstände auf den Schutz aller in den beiden ersten Absätzen aufgeführten Beamten ist also beibehalten. Die Strafandrohung geändert in Zuchthaus bis zu 5 Jahren, bei mildernden Umständen Gefängnis nicht unter 3 Monaten. Das Delikt wird die Randbezeichnung « Beamtennötigung und Widerstand » erhalten.

führen schon an sich zur Ablehnung einer gesetzlichen Begriffsformulierung. Sie gewinnen aber noch mehr Gewicht, sobald man sich auf den Boden des Gesetzestechnik und der Gesetzespräzision stellt.

Soviel steht jedenfalls nach unseren Ausführungen im 2. Kapitel fest, dass eine Definition die Rechtmässigkeit im objektiven Sinne zu erfassen hätte. Eine Begriffsbestimmung aber, die alle einzelnen Erfordnisse der Rechtmässigkeit in objektivem Sinne in sich aufnehmen könnte, ist direkt unmöglich. Sie müsste sich entweder so allgemein halten, dass sie überhaupt keine Erläuterung der Vorschriften geben würde, oder so detailliert sein, dass ihr Umfang ungeheuerlich würde. Soll sie präzis und knapp bleiben, so wird sie nie dem inneren Wesen der Rechtmässigkeit gerecht werden, sondern schablonenhaft einige äusserliche Merkmale hervorheben. Ein Blick auf die Regelung des Gegenentwurfs, dessen Verfasser sich für die Aufnahme einer Definition entschlossen haben, wird uns davon überzeugen.

Nach § 136 Gegenentwurf ist die Rechtmässigkeit der Amtsausübung eines Vollstreckungsbeamten dann anzunehmen, wenn er innerhalb seiner Zuständigkeit und unter Beobachtung der wesentlichen Formen gehandelt hat. Diese Formulierung ist nicht unbekannt. Sie wird für das geltende Recht von Goldschmidt aufgestellt (s. § 4 der Abhandlung), und da ihr Autor unter den Verfassern des Gegenentwurfs sich befindet, so ist diese Definition wohl seinem Einfluss zuzuschreiben. Goldschmidt scheint jedenfalls mit einer Anerkennung seiner Theorie durch die Praxis nicht gerade zu rechnen. Sonst wäre ihre gesetzliche Proklamierung nicht erst notwendig gewesen, um ihre Geltung sicher zu stellen.

De lege lata wurde die Theorie bereits abgelehnt. De lege ferenda ist sie ebenfalls zu bekämpfen. Goldschmidt's Auslegung ist eine höchst bedauerliche, formalistische Auffassung der Rechtmässigkeit. Sie würde, nachdem auf Grund der Rechtsprechung sich im Rechtsbewusstsein und der Rechtsüberzeugung des Volkes der Grundsatz eingelebt hat, dass der Staat nur für die gesetzmässige Handlung Gehorsam und unbedingte Unterwerfung fordern kann, als ein erheblicher Rückschritt empfunden werden, und ihre Einstellung im künftigen

Strafgesetzbuch wäre ein politischer Fehler. Die Bestimmung würde nur die einseitige Berücksichtigung der Beamteninteressen fördern, und zudem noch in einer Weise, die dem Ansehen des Staates nur schaden könnte. Das Verantwortlichkeitsgefühl der Beamten würde abgestumpft werden. Der Beamte ist ja nicht einmal zu einer Prüfung darüber angehalten, ob der Befehlende die sachliche Zuständigkeit zum Erlass der Anordnung besitzt. Der Unfähigkeit und Willkür wären Tür und Tor geöffnet. Die elementarsten Rechtsgrundsätze würden verletzt werden, alles nur zu dem einen Zweck, die Beamtenhierarchie zu retten, die Gehorsamspflicht als einzige Richtlinie des Unterbeamten zu proklamieren. Damit leistet man aber dem Staate keinen Dienst. Wenn es im Polizeistaat nur darauf ankam, gefügige Beamten zu besitzen, so hat der Rechtsstaat ein Lebensinteresse daran, durch fähige, mit den Gesetzen vertraute Organe vertreten zu sein. Die Staatsautorität, die doch das Rechtsideal verkörpern soll, würde durch unbedachte Deckung gesetzwidriger Handlungen nur verblassen. Die Definition des Gegenentwurfs ist darum zu verwerfen, nicht nur weil sie eine Beeinträchtigung der staatsbürgerlichen Rechte der Untertanen bedeuten würde, sondern auch, weil sie selbstbewusster und verantwortungsvoller Beamter unwürdig ist. Der Gesetzgeber wird darum, wenn er das Merkmal der Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Tatbestande der Widersetzung aufrecht erhält, auf eine Definition verzichten und die näheren Erläuterungen der Wissenschaft überlassen müssen.

Nun ist nicht zu verkennen, dass sich auch bei Verfolgung der de lege lata gegebenen Richtlinien, bei der konsequenten Anwendung der Theorie der objektiven Rechtmässigkeit eine gerechte Entscheidung aller Fälle nicht erzielen lässt, dass sich oft Härten und Unbilligkeiten ergeben. So wäre es angebracht in manchen Fällen dem zwar gesetzwidrig, aber pflichtgemäss einschreitenden Beamten den Strafschutz zu gewähren, ihn in anderen dem zwar gesetzmässig, aber roh und provokatorisch auftretenden zu entziehen. Auch der aufs Geradewohl aus purem Oppositionsgeist Widerstand Leistende verdient nicht die Milde des Richters, und es wäre im Interesse des Rechtsfriedens nur zu begrüssen, wenn einem hart gesottenen und

erst durch den Rat Rechtskundiger belehrten Verbrecher die Möglichkeit genommen würde, sich auf die bei Begehung der Tat nicht erkannte Unrechtmässigkeit der Amtshandlung zu berufen.

In dieser Richtung gibt der Vorschlag M. E. Mayers, den der Oesterreichische Entwurf zum Teil verwertet hat, einen beachtenswerten Ausweg.

Die Regelung des Oesterreichischen Entwurfs ist eine elegante, und auch äusserlich bestechende. Sie ist viel klarer, präziser und durchsichtiger, als die des deutschen Vorentwurfs, in welchem zuviel ineinandergeworfen wurde. Fast mit mathematischer Genauigkeit werden die Möglichkeiten geprüft, die Fälle gegenübergestellt.

In Betracht kommt hier die dem § 113 St. G. B. entsprechende Vorschrift des § 154 (s. S. 79, Anm. 3). Entsprechend dem Vorschlag M. E. Mayer's wird im Absatz 1 die Nötigung zur Unterlassung [15] ganz allgemein unter Strafe gestellt, ohne Rücksicht auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung. Diese an sich drakonische Härte wird wieder dadurch ausgeglichen, dass im Absatz 3 zwei Strafausschlussgründe normiert sind. Die Bestimmung soll nicht Platz greifen, wenn der Beamte sich einen Missbrauch der Amtsgewalt hat zu Schulden kommen lassen, oder wenn er für die Amtshandlung nach seinem Wirkungskreis (örtliche und sachliche Zuständigkeit) nicht berufen war [16]. Die beiden Erfordernisse sind in ihrem Wesen verschieden. Während bei dem Erfordernis der Zuständigkeit ein strenger Masstab angelegt wird — denn sie ist an strenge und scharf umschriebene Voraussetzungen gebunden —, ist bei dem ersten Strafausschlussgrund dem richterlichen Ermessen ein weiterer Spielraum gelassen. Wann ein Missbrauch der Amtsgewalt vorliegt, darüber lassen sich keine allgemeine Regeln aufstellen, sondern es muss im Einzelfall entschieden werden. Der Begriff deckt sich jedenfalls nicht mit

---

[15] Die Drohung ist nicht auf die Drohung mit Gewalt (Rechtswidriger Nachteil an Körperfreiheit) beschränkt, sondern erweitert (Rechtwidriger Nachteil an Ehre oder Vermögen).

[16] In dieser Fassung bildet auch der Irrtum des Täters über die Rechtmässigkeit kein Rechtfertigungsgrund und schützt nicht vor Strafe.

dem der Unrechtmässigkeit der Handlung, er ist teils weiter, indem ein unangebrachtes den Gesetzen nicht widersprechendes Vorgehen missbräuchlich erscheinen kann, teils enger, indem die unrechtmässige, aber pflichtgemässe Amtshandlung keine Ueberschreitung der Amtsgewalt zu begründen braucht. Der Missbrauch der Amtsgewalt ist als Begriff fluktuierender als die Widerrechtlichkeit. Er wird sich auch niemals objektiv, sondern nur vom Standpunkt des einschreitenden Beamten aus feststellen lassen.

Hier gelangen wir nun zum wunden Punkt der Regelung. Wenn sie auch ihrer Form und Anordnung nach durchaus Anerkennung verdient, wenn sie auch eine der Lage des Einzelfalls entsprechendere und gerechtere Entscheidung zulässt, so ist doch der Ausganspunkt, von dem aus die Resultate gewonnen werden, schlecht gewählt. Bei der Frage, ob eine strafbare Handlung vorliegt, ob sie entschuldbar erscheint, ist nicht von der Willensrichtung und den Befugnissen des Angegriffenen auszugehen, sondern allgemeinen Grundsätzen nach von denjenigen des Täters. Diese Erwägungen führen zur Ablehnung der im Absatz 3 des § 154 Oestr. Entw. aufgestellten Bestimmung. Sie führen aber auch auf den richtigen Weg.

Wenn an sich die Duldung jeglichen staatlichen Eingriffs proklamiert wird, so müssen die entschuldbaren Momente auf Seiten des dem Eingreifen ausgesetzten Bürgers gesucht werden. Es gilt nun festzustellen, wann das an sich immer bestehende Interesse des von der Amtshandlung Betroffenen, ihre Durchführung zu vereiteln, grösser erscheint gegenüber demjenigen des Beamten auf Duldung der Amtshandlung durch den Bürger. Die Interessensphären kreuzen sich und verschieben sich. Für ihre Abmessung und Erwägung muss ein Masstab gefunden werden, den wir der Täterhandlung zu entnehmen haben. Die einzige Möglichkeit nun die subjektive Berechtigung des Handelns und die objektive Richtigkeit des Zwecks zu prüfen, besteht im Eingehen auf das Motiv der Tat.

Wann hat — so lautet nun das Problem — das Motiv des Täters straftilgende Kraft?

Die Betrachtung des Reichsstrafgesetzbuches hat uns vor Augen geführt, welcher Fortschritt durch das Einfügen des

Merkmals der Rechtmässigkeit in die Bestimmung erreicht worden ist. Gerade das Fallenlassen dieses Erfordernisses veranlasste uns die Formel des Gegenentwurfs abzulehnen. Wir dürfen es darum im künftigen Recht nicht missen. Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, oder vom Standpunkt des Täters aus betrachtet ihre Widerrechtlichkeit ist eines der Motive, deren Berücksichtigung sich aufdrängt.

Dieses eine Motiv ist dem sachlichen Inhalt der Amtshandlung entnommen. Ein anderes ist in der Art ihrer Ausführung zu suchen.

Oft ist sachlich gegen die Vollstreckung nichts einzuwenden. Nichtsdestoweniger kann dem Betroffenen nicht zugemutet werden, sie zu dulden, dies dann wenn der Beamte ungebührlich vorgeht. In diesem Falle gibt ja der Beamte selbst den Anstoss zur Widersetzung. Der durch ein ungebührliches Verhalten des Beamten hervorgerufene Widerstand bildet den zweiten Entschuldigungsgrund. Was als ungebührliches Verhalten aufzufassen ist, das kann nur im Einzelfall festgestellt werden[17]. Zuzugeben ist, dass der Begriff ein dehnbarer ist, doch wäre nicht zu befürchten, dass die Gerichte ihn in zu weitem Masse auslegen würden. Die Bestimmung hätte entsprechend unseren Vorschlägen folgendermasse zu lauten:

Wer einen Beamten durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt an der Vornahme einer Amtshandlung zu hindern versucht, wird bestraft.

Ist die Handlung, gegen die sich der

---

[17] Grobe Beschimpfungen sicherlich.

Oben gelangten wir zum selben Resultat bei Anwendung der Notwehrgrundsätze. Es ist aber besser, dass der Gesetzgeber ausdrücklich die Straflosigkeit zusichert.

Mersmann, S. 127 fg., ist zwar der Ansicht, dass das Merkmal der Gesetzwidrigkeit auch ein ungebührliches Verhalten des Beamten in sich einschliesst, es empfiehlt sich jedoch eine unzweideutige Erwähnung im Gesetzestexte zum Ausschluss von Zweifeln.

Widerstand richtet durch die Gesetzwidrigkeit der Amtsausübung, oder durch ungebührliches Verhalten des Beamten veranlasst worden, so findet die Vorschrift keine Anwendung.

In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden.

Die vorgeschlagene Regelung wird eine erhebliche Einschränkung der straflosen Widersetzungen zur Folge haben. Denn nur wenn die erwähnten Motive sich zur Widersetzung wie Ursache und Wirkung verhalten, wird der Täter von Strafe frei sein. Dieser erhöhte Schutz der staatlichen Organe wird aber — und das ist der Gewinn des Vorschlags — nicht auf Kosten des dem staatlichen Eingriff unterliegenden Bürgers erfolgen, er wird seine Befugnisse unangetastet lassen.

Ein Blick auf die Rechtsprechung lehrt, dass die grosse Mehrzahl derjenigen, die sich gegen die Staatsgewalt auflehnen, nicht der Beachtung und des Mitleids wert sind, wie man allgemein glaubt. Von Ausnahmefällen abgesehen liefert das Verbrechergesindel der Grosstadt und sonstige lichtscheue Individuen das Hauptkontingent der auf Grund des § 113 Verurteilten. Ihnen ist es im allgemeinen völlig gleichgültig, unter welchen Voraussetzungen der Beamte tätig wurde. Sein Erscheinen an sich genügt, um ihre Wut zu entfachen, und einen Angriff auf den Beamten zu veranlassen. Wie beschaffen auch der amtliche Eingriff sein mag, jedes Mittel ist ihnen recht, um dem Polizeiorgan den Zutritt zu ihren Räumen zu wehren, und die Aufdeckung ihrer verbrecherischen Umtriebe zu verhüten. Hier tut Abhilfe not. Der Kriminalbeamte muss auf seinem exponierten Posten den erforderlichen Schutz geniessen. Den aus staatlichem Verneinungstriebe sich widersetzenden Verbrechern muss die Möglichkeit entzogen werden, auf einen Freispruch rechnen zu können. Unser Vorschlag sichert dies Resultat. Der im Vertrauen auf die Geschicklichkeit und die Gesetzeskunde des Verteidigers geleistete Widerstand muss der Strafe verfallen. Nur so wird eine wirksame Bekämpfung der Kriminalität gefördert werden.

Durch die neue Fassung verliert auch der Irrtum des

Täters über die Rechtmässigkeit seine Kraft als Rechtfertigungsgrund. Manche werden darin eine unbillige Härte erblicken, andere wieder nicht. Jedenfalls empfiehlt es sich in diesen Fällen die Möglichkeit, die Strafe zu mildern oder von ihr abzusehen, offen zu lassen. Auch noch unter anderen Gesichtspunkten kann das Vorgehen des Täters entschuldbar erscheinen. Man denke z. B. an die Erregung, die gereizte Stimmung, die Notlage, welche die Vollstreckungen oft hervorrufen, oder an den Fall, dass der Widerstand mehr einem natürlichen Impuls aus naivem Unverstand, als aus staatlichen Verneinungstriebe entsprungen ist. Aus all diesen Gründen wird der Zusatz dass, in besonders leichten Fällen von Strafe abgesehen werden kann, gerechtfertigt erscheinen [18].

Jedes Staatswesen, welcher Verfassung es auch sei, hat ein vitales Interesse an einer starken Exekutive, an einer scharfen Repression gegenüber den staatszersetzenden Elementen. Es wäre verfehlt, wenn den minderwertigen Elementen von Gesetzeswegen eine Hintertür geöffnet bliebe, die ihnen trotz strafwürdiger Gesinnung und Verhaltens ein Durchschlüpfen durch die Maschen des Gesetzes ermöglichte. Das Interesse des echten Staatsbürgers vereint sich hier mit demjenigen des Beamten. Die trennende Kluft wird überbrückt. Daran wird auch bei Schaffung des künftigen Strafgesetzbuches zu denken sein, und es ergibt sich die Aufgabe, in Anlehnung, aber Verbesserung des geltenden Rechts, unter Beibehaltung der im Rechtsbewusstsein des Volkes eingewurzelten Prinzipien eine Vorschrift zu schaffen, die ihrer Natur nach geschmeidiger ist, als die strenge des § 113. Wie sie nun ausfallen mag, und wie das erreicht wird, ob im Sinne obiger Ausführungen oder auf anderen Wegen, ist gleichgültig. Jedenfalls aber muss eine Umgestaltung erfolgen. Der Gesetzgeber steht hier vor einer schwierigen, aber dankbaren Aufgabe, und wir geben der Hoffnung Ausdruck, dass er ihr auch gerecht wird.

---

[19] S. a. Gegenentwurf § 135, Abs. III.